

システムの法理論の現代的射程（三）

福井康太

〈目次〉

はじめに

第一部 オートポイエシスの法理論

第一章 ルーマンの社会システム理論

第一節 社会システムとはなにか

第二節 社会システムの要素

第三節 社会システムの構造

第四節 社会システムの自己構成

第五節 社会システムの機能分化

第六節 小括（以上『法政論叢』第一八号）

第二章 法システムの理論

第一節 法システムの分出

第二節 法システムの機能

システムの法理論の現代的射程（三）——福井

法政論叢——第二一〇号(二〇〇一)

第三節 コードとプログラム

第四節 法システムの自己観察

第五節 小括

第二部 裁判の法理論

第三章 法システムにおける裁判の位置

第一節 立法と裁判のヒエラルヒー

第二節 司法拒絶の禁止

第三節 中心と周辺

第四節 小括(以上『法政論叢』第二一〇号)

第四章 決定作用の脱構築

第一節 問題の所在

第二節 事象次元

第三節 時間次元

第四節 社会次元

第五節 小括

第五章 法的論証

第一節 論証をどう規定するか

第二節 論証と法素材

第三節 論証の他者言及

第四節 小括

第六章 裁判の手続

第一節 法の自己言及と手続

第二節 手続固有の論理と拘束性

第三節 判決受容の可能性

第四節 小括（以上本号）

第三部 法とその外側

第七章 法の構造的カップリング

結びにかえて…オートポイエシスの法理論の可能性

第四章 決定作用の脱構築

第一節 問題の所在

（一）端緒

ここまで、ルーマンの述べるところにしたがって、社会システム理論一般について概観し、また、法システムの理論とそのなかにおける裁判の位置づけについて明らかにしてきた。本章の検討にあたつてとくに留意しておくべき点は、法システムの自己記述が、裁判を法システムの「自己観察の中心拠点」としているということである。

さて本章以下では、法システムの自己観察の中心拠点（裁判）において行われていることそれ自体に分析のメスを入れる。本章の課題は、ルーマンの分析枠組を用いて、「法的決定 rechtliche Entscheidung」を「微視的」に検討し、もって私たちが日常漠然と念頭に置いている裁判についての見方を複合化し、「創造的批判」を可能にすることにある。

伝統的な一般論によれば、法的決定(ここでは「終局判決」を念頭に置いている)とは、第三者たる裁判官が、相争う当事者の主張の対立について法規に照らして黑白確定し、当該紛争に解決をもたらす作用とされる。^{*}人々は、いったん法的決定が行われれば、そのとおりの法律関係が確定されたと思なし、安心してそれを前提に社会関係を構築する。しかし、そこで「前提」とされているものは捏造されたものではないのか。実はそんなものは存在しないのではないのか。法的決定について子細に見ていけば、「一般論」のように容易に言い切ることができないとわかってくる。少なくとも、それにはかなりの留保をつける必要がある。

(二) 本章の分析の進め方

さて、本章の分析の進め方であるが、「決定作用」は、意味世界をいくつかの次元に分ける場合には、異なった様相を見せる。ルーマンは、意味世界を「事象次元 Sachdimension」「時間次元 Zeitdimension」「社会次元 Sozialdimension」という三つの次元に分けて検討することを勧める(Vgl. SS, S. 112ff. 邦訳一一六頁)。ここでの分析もそれに依拠して進めることにしよう。

ここで簡単に意味の三次元について述べておく。事象次元は、「意味 Sinn が指示する対象」の構造に関わっている。この次元は、「意味されるもの」が、「これ」と「これ以外のもの」とに二分されることによって構成される(Vgl. SS, S. 114. 邦訳一一八頁)。時間次元は、「過去／(現在)／未来」という時間的分節化に関わっている。この次元は、すべての出来事において端的に経験可能な「それ以前／それ以後」の差異が「過去／未来」という独自の地平に関係づけられることによって構成される(Vgl. SS, S. 116. 邦訳一二〇頁)。この次元は「いつ」を指示する次元

である。社会次元は、ある人（自我）が他の人々と「やり取り」する場合に、そのつど他の人々が「自らと同等」なもの、つまり「もう一人の自我 alter Ego」（他我）として受け入れられているということに関わっている。この次元においては、自我と他我の「観察パースペクティブ」のズレが重要なのであり、それゆえにこそ人々の共通了解（コンセンサス）が問題になる（Vgl. SS, S. 119. 邦訳二二三頁）^{*2}。

もちろん、実際にこれらの三つの次元が切り離されて現れてくるわけではない。これらの次元の区別は、分析の出発点を提供するにすぎない。それらはいずれにせよ相互連関的に取り扱われる（Vgl. SS, S. 127. 邦訳一三三頁）。だが、それでもなお、この三つの次元を分けることで、法的決定（終局判決）の興味深い側面が明らかにになる。

第二節 事象次元

（一）パラドックスとしての決定

確認しておくが、事象次元では、指示対象は「これ」と「これ以外のもの」とに二分される。ここでは、「これ」と「これ以外のもの」への分節化を通して意味世界が構成されるわけである。ここで問われるのは「決定の自己言及性」に関わる問題である。

（a）決定がはらむ「原理的不可能性」

一般論的に、決定の概念に関わる「原理的問題」から出発しよう。決定とは「選択性の否定」である。つまり、「（なお）選ぶことができる」ということを否定することである。この否定が、決定に対して「（もはや）選ぶこと

ができない」という規定性を与える。^{*3}

しかし、ここで見落としてはならないのは「否定の自己言及性」である。形式論理的なことを述べると、「〜ではない」は、つねに同時にその反対面の「〜である」を前提として成立する。なぜなら、「〜ではない」と「〜である」とは同一の事象を規定する区別の「ネガの面」と「ポジの面」だからである。「(もはや)選ぶことができない」は、まさに同時にその反対面「[なお]選ぶことができる」を前提に成立するのであり、両者は「表裏一体」の関係にある (Vgl. RG, S. 308)^{*4}。

循環論めくが、「(なお)選ぶことができる」(選択性)を否定することを通じて「(もはや)選ぶことができない」を規定しようとする場合には、不可避的に反対面の「(なお)選ぶことができる」をも強調してしまう結果になる。少なくとも潜在的にはそう言わざるをえない。この理は、だれかが「もはや選ぶことができない」と言えば、ただちに「なぜそうなのか」という反問が惹起されることを考えてみれば、容易に理解できるだろう。

要するに、決定には「(もはや)選ぶことができない」(なお)選ぶことができる」というパラドックス(決定パラドックス)が潜んでいる。決定は、このパラドックスを「見えなくする」ことができてはじめて、「(もはや)選ぶことができない」という規定性を確保することができ^{*5}る。

ところで、決定パラドックスを「見えなくする」(脱パラドックス化する)ものが「根拠」である。決定は「十分な根拠」がある場合にはじめて「可能的」になる (Vgl. RG, S. 309f.)。

(b) 法／不法の二分コードとの関係

より法学的な問題に進もう。法システムは法／不法の二分コードに基づくコミュニケーションから組成されている。それゆえ、法システムにおいては、根拠もまた「権利があるか否か」「適法か否か」といった仕方で議論される。

だから、相争う当事者は「私が権利者だ／いやちがう」「おまえのやったことは違法だ／ちがう」というように主張しあい、それについて法／不法の区別を適用することによって根拠（法的根拠）を得ようとする。そこでは、法／不法の区別をめぐる紛争に、法規（法／不法の区別からなる）を適用して、「拘束的」に黑白確定することが期待される。

しかし、これは法／不法の区別に対して、法／不法の区別をじかに接続することを意味している。そのままであれば、自己言及パラドックスがここでも生じてしまう。自己に照らして自己を同定することはできないからである。根拠の問いはどこまでも遡行できる。当該法適用は適法なのか不適法なのか、形を変えてどこまでも問われうる。形式論理学的に見るかぎり（「法学的に」ではない点に注意）、法的主張の対立に法を適用することでは、根拠は得られない（Vgl. RG, S. 310）。法的根拠はそれ自体では決定パラドックスを「見えなくする」のに十分なものではない。少なくとも、それが「恣意的である」との疑いを排除することはできない。なにゆえにそこで根拠の問いを止めなければならないのか、「根拠がない」からである。

（二）決定パラドックスを見えなくするもの

（a）信頼性の外観を取り繕う

法的根拠は、決定パラドックスを「見えなくする」に十分なものではないと述べた。なるほど、形式論理的にはそうであろう。しかし、それでは「法的」決定に対する大多数の人々の期待はどうなるのか。人々は、法的根拠が「十分な根拠」であると信じ、それを前提に社会生活を営んでいる。比較的に無関心な人々はとくにそうである。

ならば、時が経つとともに法的根拠は信頼を失い、人々は法など相手にしなくなるのだろうか。社会の実態を見るかぎり、そのようには見えない。だとすれば、なんらかの仕方で「虚」と「実」のあいだのギャップが埋め合わされているのだと考えなければならない。

ここで留意しなければならないことは、たとえその本質からすれば「十分な根拠」とは言えないものであっても、そのような「外観を取り繕う」ことは可能だということである。法的根拠が「恣意的でない」ように見えれば、それに対応する実体があるかのように見える。法的根拠の恣意性が十分に「不可視化」され、周囲の無関心な一般人をして「信頼に足るもの」と安心せしめる程度にまで達しているなら、その本質いかなは問題ではない。もはや「それに反する本質を暴こう」とする方が非難されることになるだろう。

法的根拠を恣意的でないように見せるためには、さしあたり「同一の基準が同様のあらゆる事案に一貫して適用される」というように見せればよい。^{*6}すなわち、根拠の問いの遡行可能性を、「法的根拠が一貫して適用されること」をもって封じてしまえばよい。当該決定の根拠が先例と矛盾なく、少なくともその見かけのうえで一貫していれば、^{*7}周囲の一般人は決定された事柄を安心して行動前提にするだろう。同様の事態が起こった場合に同様な決定が下されることを期待するからである。そうなれば、もはや根拠の「恣意的本質」が問題にされることはなくなる。このことは、なにゆえに「先例拘束原理」が求められるのかということにも関わっている。^{*}

(b) 「一貫性」を可能にするメカニズム

それでは、いかなるメカニズムによつて、法的根拠の一貫性を取り繕うことが可能となるのか。このメカニズムは、前章で述べた「法システムにおける裁判の位置」に密接に関連している。

裁判は、「司法拒絶の禁止」が課されているということによつて、法システムの「作動上の閉じ」に関わる「自己

觀察の中心拠点」を形成する。そこでは、とにかくにも法的问题に決着がつけられなければならない。裁判は、そのような觀察拠点として「法のコードとプログラムを全体社会レベルでシンボリックに貫徹する」という法システムの基本的な機能の中核を担う。このことは、さしあたり裁判のみが、法システムの自己觀察を通じて、法的根拠の一貫性をコントロールできることを意味している(法的根拠の一貫性コントロール)。裁判は、その中心的位置ゆえに、決定について周囲の一般人が安心できる程度の一貫性を取り纏うことができるし、そうする責任を負っている。

このような操作にあたって重要なことは、「一貫性・不変性の要請」と同時に、「適応性・可変性の要請」が満たされていなければならないということである。いくら「一貫性・不変性の要請」が満たされていても、社会の変化に適應できていなかったり、当該事案の個別特性を十分押さえていなかったりすれば、法的決定(終局判決)に対する人々の信頼は失われる。裁判所、とりわけ「最高裁判所」は、当該事案の個別特性を十分に押さえるばかりでなく、全体社会レベルでの人々の選好やニーズの変化を一般的に配慮して、法的根拠の一貫性が十分に維持できているかチェックするのでなければならぬ。もちろん、それは簡単なことではない。「変異の取り入れ」がそのままで法的根拠の一貫性と両立しない場合には、「変異」をできるかぎり無害なものに加工するとともに、従来の法的根拠連関の体系のどこかに、さりげなく挿入しなければならない。そのために、法的論証コンテキストと当該事案とを往復的に比較参照して行われる法テキストの解釈が重要な意味をもつ。なお、ここで述べた「法的根拠の一貫性コントロール」の詳しい仕組みについては、次章「法的論証」(とくに第二節)において、異なる観点からさらに検討を進める。

第三節 時間次元

先述のように、時間次元はすべての出来事において端的に経験可能な「それ以前／それ以後」の差異が、「過去／未来」という独自の地平に関係づけられることによって構成される次元である。ここで問題になるのは「判決が過去に基づいて未来を拘束する」というテーゼである。

（一）決定の固有時間

（a）ルーマンの「時間の現象学」

しばらくルーマン流の「時間の現象学」^{*9}につき合ってもらいたい。時間は、未規定のままでは私たちに有意に経験されない。それは「変化」と「持続」の混淆状態であり、いわば「カオス」である。時間は、そうした状態に「区別を投入する」こと、つまり時間連関を「分節化」することによって、はじめて有意に経験されるようになる。

「時間連関の分節化」とは、観察者が未規定な事態を過去／未来の区別に基づいて整序することである。時間連関の分節化は、自覚的に行われるのであれ、無自覚に行われるのであれ「構成的」性格を帯びる。過去も未来も自明のものではない。その場合、観察する時点が「現在」である。現在は、まさに過去／未来を区別するところの時「点」である。もっとも、その「点」のみが私たちにとって顕在的な「時」である^{*10}。現在は、顕在的な時「点」として、「もはや顕在的ではない過去」から「未だ顕在化されない未来」への時間的広がりのなかの「盲点 blinder Fleck」を形成する（Vgl. RG, S. 308f.）。

ここからすぐにわかることだが、過去も未来もそれぞれの「現」時点でなされる観察による「構成物 Konstruktion」以上のものではない。A 時点も、また B 時点も、それぞれ別の過去と未来（時間地平）をもつ（Vgl. SS, S. 131. 邦訳一三七頁以下）。やや極端な言い方をすれば、昨日私が観察した過去と未来は、今日私が観察する過去と未来とは異なる構成物であり、また今日私が観察する過去と未来は、明日私が観察する過去と未来とは別の構成物である。

以上述べたことをここでのテーマに引き寄せて言えば、判決（法的決定）を下すにあたって裁判官が語る過去や未来は、いずれも時的観察による「構成物」であり、「それぞれの観察時点にとつての」過去や未来でしかないということになる。実は、このことは法的決定の「可能化」のからくりと密接に関連している（Vgl. RG, S. 309）。人々が単純に信じている「過去に基づいて未来を拘束する」という判決のあり方は、時的観察による構成物にすぎない。

（b）法的決定と時間地平

まず過去との関係を見てみよう。人々は「決定は過去に基づいて行われる」と信じている。動かしがたい過去の事案事実、紛争発生の前から存在していた適切な法規を適用して決定が行われるというのである。しかし、それは裁判官の時的観察によって「跡づける」に作り出された「虚像」である。

裁判官は、判決のための「決定前提」として用いたい事柄を「過去」の側に位置づける。ここで「決定前提」として問題となるのは、当該事案の「事実関係」や「適用規範」である。過去に配属された事柄は「もはや変更されないもの」とみなされる。だからこそ、それは決定前提たりうる。だが、それらはもともと「もはや変更されないもの」だったわけではない。まず当該事案の「事実関係」は、多かれ少なかれ「裁判官による事実認定」による構成物である。言うなれば、それは当該決定のために構成された事案事実である。構成される以前にそこにながったかは不問に付される。他方、「適用規範」も裁判官が法規の具体化作業を通じて作り出した構成物である。

それは、現在（觀察時）から振り返つて構成されたものである。それなのに、それがあたかもそのようなものとして紛争発生以前からそこにあつたかのように語られる。かくして、これら二つの「決定前提」を掛け合わせれば、「法的三段論法」によつて判決が導き出されるということになる。詰まるところ、判決は構成され加工された「当該判決固有の過去」との関係においてのみ、「過去に基づくもの」として立ち現れる。時的觀察のヴェールを取り去つてみれば、実態はその逆である。つまり、「過去が判決を規定する」のではなく、「判決が過去を規定している」のである（vgl. RG, ebenda）^{*15}

未来との関係についても同様のことが言える。人々は「不確実な状態は決定によつて終局する」と信じている。しかし、これもまた裁判官の時的觀察が作り出す「虚像」である。裁判官は、判決以前になお不確実であるような事柄を、「未来」の側に位置づける。ここで問題にしているのは「解決されるべき当事者の紛争状態」である。裁判官は、判決にいたるまでは、紛争状態を「いまだ不確実ではあるが決定が下されれば解決されるもの」ということにしておきたいのである。その結果、判決は「当事者の紛争状態を解決すること」に向けて下されるという形をとる。しかし、実際にそれが期待どおりに行くとはかぎらない。多かれ少なかれその期待は裏切られる。当初の期待とは裏腹に紛争が形を変えて展開し続けることも十分に考えられる。結局、判決は「固有の未来」との関係においてのみ、「決定」として立ち現れると言ふほかない。

このように、「固有の過去」と「固有の未来」（言うなれば「固有時間」）のなかでのみ、判決は「過去に基づいて未来を拘束する」という「決定らしい姿」を現わすことができる。固有時間のなかで、本来「不可能的」であることが「可能化」されているのである。しかし、それは「判決の固有時間が場当たりに構成される」という代償をともなっている。この「場当たり性」は「判決の固有時間」を共有していない人々には一目瞭然のはずである（vgl.

(二) 時間の整合化

(a) 「場当たり性」を見えなくする

その本質を見るかぎり、多かれ少なかれ「判決の固有時間が場当たりに構成される」ということは避けようがない。だが、たとえそうだとしても、なおそれを「見えなくする」ことは可能である。この点、判決の固有時間が「周囲の時的観察とのあいだで齟齬を生じる」ことがなければ、「構成の場当たり性」はあえて問題化されない。まさにそれは不可視化される。それゆえ、「判決の固有時間と周囲の時的観察との整合化」(時的観察の「同調 Synchronisation」)が重要になる (Vgl. RG, S. 327)。では、時的観察の同調はどのようにして行われるのか。

判決の固有時間は、ミクロなレベルで「当事者たちの時的観察」「周囲の関係者たちの時的観察」「上級裁判所裁判官の時的観察」「報道が作り出した一般人の時的観察」などによって、また、マクロなレベルで「政治の時的観察」「経済の時的観察」「科学の時的観察」などによって取り囲まれている。それらはそれぞれ固有の時的観察であり、端的に重なり合うことはない。その同調は、裁判が「法システムの自己観察の中心拠点」として、「自覚的」に時的観察を操作する場合にのみ可能となる。裁判官は、一方で当該事案の当事者や周囲の関係者たちの時的観察、はたまた上級裁判所裁判官や周囲の一般人たちの時的観察に配慮し、他方で政治や経済の作り出した状況、その時代の科学水準といったものにも目配りしながら、それらが抵触しないように判決の固有時間を構成する。そうした操作の結果として判決が下されるのである。そのようにすることで、判決の固有時間が場当たりに構成されていると

いう印象は、概ね回避されることになる。ただし裁判官は、そうした操作を前面に出してはいけけない。それは目立たないように、慎重に進められなければならない。

(b)「外部性」の考慮にともなう問題

このように述べると、法システムの「閉じ」に関する疑問がわいてくる。「他の時的観察とのあいだで同調を図る」ということは、前に述べた「法システムの作動上の閉鎖性」と矛盾するとも思えるからである。^{*13}確かに、法システムを構成するやり取りに、外部的要素が無媒介に入り込んできてよいわけではない。しかし、その「閉じ」において求められるのは、法／不法の区別(二分コード)がやり取りの基礎に置かれているということだけである。それは、外部から遮断されているとか、外部と無関係であるという意味ではない。法／不法の二分コードがやり取りの基礎になっているのであれば、法システムのなかでも「全体社会の様々な出来事」が幅広くテーマにされてよい。たとえば、平均賃金率の変動はそれ自体としては法的事象ではない。もっぱら経済的にのみ問題となる事象である。しかし、「逸失利益」の算定にあたっては、平均賃金率の変動は当然に考慮の対象となる。その際さらに、将来の平均賃金率がどう変動するかを判断するために、政策動向までもが考慮の対象となるかもしれない。^{*14}言うまでもなく、そうした考慮は「法システムの作動上の閉鎖性」を損なうものではない。

さて、以上のような操作によって「時的観察の同調」が十分に達成されるとは必ずしも言えない。私たちはしばしば、それらの時的観察のズレを経験している。しかし、異なる時的観察は、厳格に一致しなければならないものではない。もとよりそれは無理である。時的観察の不一致が大きく表面化せず、人々がやり取りするうえで不自由がなければ、それで足りると言うべきである。

第四節 社会次元

社会次元は、ある人（自我）が他の人々と「やり取り」する場合に、そのつど他の人々が「自らと同等」なもの、つまり「もう一人の自我 *alter Ego*」（他我）として受け入れられているということに関わっている。この次元においては、自我と他我の「観察パースペクティブ」のズレが重要である。このズレを処理し、有意味なやり取りを可能にするのが、この次元における課題である（Vgl. SS, S. 119. 邦訳一二三頁）。この次元で法的決定をめぐって問題になるのは、「紛争解決とはどのようなことか」である。

（一）社会的実体としての紛争

（a）「相互作用システム」としての紛争

この問いに答えるためには、「紛争 *Konflikt*」とはそもそも何なのか、あらかじめ明らかにしておかねばならない。紛争もまた、社会的実体としては「コミュニケーション過程」である。つまり人々の「やり取り」である。それは、一方のはたらかけに他方が応じるという形（あるいはその複合形）をとるかぎりで、ある種の「相互作用システム」を形成する。紛争もまた「社会システム」（紛争システム）なのである。

こうした観点に立てば、「社会的実体としての紛争」は、些細なきっかけからはじまった「小競り合い」が、当事者（および周囲の関係者）たちの期待のすれ違いによって複合化され、独自の相互作用システムとして自立化したものと捉えることができる（Vgl. SS, S. 530. 邦訳七〇八頁）。紛争は、発生の当初は不安定で移ろいやすいシステム

ムである。突発的に生じて急速に拡大することもあれば、急速に収束してしまうこともある。しかし紛争は、ある程度以上こじれた段階に達すると、外部からそれを標識できるような、なんらかの「テーマ」をもつようになる。紛争は、そうしたテーマのもとに強度に「凝集」する。その結果、全体社会のなかの他のコミュニケーション連関とは明らかに異なる「固有の実体」を備えるようになる。たとえば、ある人が他人の人格を辱めるような発言をし、それによって発生した「小競り合い」がひどくこじれてしまった場合、「名誉毀損」をテーマとする紛争システムが分出する。紛争は、そうしたテーマに関連して「自己組織化」しはじめる。この段階に達すると、紛争は自らを恒常化し、容易なことでは解消されなくなり、しぶとく存続するようになる。^{*15}

(b) 紛争の生成・発展過程

説明が抽象的になりすぎるので、ある人の子供が、よく遊んでいる他の子供に不注意で傷を負わせた場合を例に、紛争の生成・発展過程について考えてみよう。^{*16}

傷を負わせた子供の親(以下「加害者側」)が、早い段階のうちに誠意をもって謝りに行き、きちんと治療費等の支払いをすれば、ふつう両当事者のあいだの関係は「大きな紛争」にまでこじれることはない。両当事者に「ことを荒立てたくない」という心理がはたらき、彼(女)らの関係は比較的容易に修復されるだろう(もちろん確実にそうなるとは限らない)。

だがそれを怠った場合、傷を負った子供の親(以下「被害者側」)の怒りに火がつき、紛争は急速にこじれはじめる。被害者側は加害者側の対応を「不誠実」と受け取るようになる。被害者の知人などが下手なアドバイスなどすれば、そうした怒りにさらに火を注ぐことにもなる。他方、加害者側について言えば、事態がややこしくなればなるほど、「誠意を示す」ことが困難になる。むしろ、被害者側が「過剰に」怒っていることに対して怒りを覚えるよ

うにすらなる。そこに、被害者側に対する日頃からの不信感でも介在すれば、怒りは爆発するに違いない。いずれにしろ、黙っていることなどできなくなる。怒りが怒りを誘い、意地の張り合いが意地の張り合いを呼び、それに損得勘定が複雑に絡んで、当初「些細なこと」にすぎなかった紛争は、両方の当事者の全人格をかけた「人格紛争」に成長してしまう。こうなってしまうと、当該紛争を収束させることはほとんど不可能になる。当該紛争は、そのポテンシャルを失ってしまわないかぎり、形を変えて存続し、容易なことでは収束しない。裁判所に持ち込まれる紛争は、多かれ少なかれこのようにひどくこじれてしまった「取り扱い困難」な紛争である。

(二) 決定は紛争を解決できない

(a) 「紛争を解決する」とは

ここまで見てきたように、「社会的実体としての紛争」は当事者（および周囲の関係者）たちのやり取りによって構成される相互作用システム（紛争システム）である。法学上しばしば紛争の基本要素と見なされる当事者の「主張の対立」¹⁷は、せいぜい紛争システムの動的展開過程の「表面的な現れ」にすぎない。紛争に対処するには、その「表面的な現れ」ばかりに目を奪われることなく、むしろ紛争システムの動的展開過程全体を視野に収めることが求められる。

では、紛争をひとつの相互作用システムと見なす場合に、「紛争を解決する」とはどのようなことを言うのか。それは外部からの介入によって紛争を収束させることなのだろうか。

相互作用システムとしての紛争は、たとえ外部から介入を受けても、そのポテンシャルを失ってしまわないかぎ

り、形を変えて存続し続ける。このことは、「ひとつの主張」が判決の「既判力」によって封じられても、争いそれ自体は「主張を変えて」継続されうるといふ訴訟の現実をみれば容易に理解できるだろう。

もちろん、紛争が勝手に収束することはありうる。しかし「意図的介入」によって紛争を収束させることができるかと言われれば、話は別である。紛争に意図的に介入したところで「予期せぬ反作用」を生じてしまうのが関の山である。かりにだれかが意図的介入によって紛争を収束させることに成功したとしても、それは当人の特別な「カリスマ」によるか、「偶然」によるかのどちらかである。いずれにしろそんなものは当てにできない。

他方、渦中にある当事者自身がその気にさえなれば紛争は収束するとも考えられる。介入者は当事者たちを「説得」してその気にさせればよいというわけである。だが当事者たちがその気になって紛争を収束させようと努力してもしばしば虚しい結果となる。なぜなら、そうした当事者自身の努力が予期せぬ別の形で「反作用」してしまうことが多いからである。それどころか、介入者が説得作業を通じて紛争に巻き込まれてしまうことさえ十分に考えられる。かように紛争とは手に負えないものである。

翻って考えれば、「紛争を解決する」とは、介入によって紛争を収束させることではなく、単にそれを「共存可能」な状態に転化させることにすぎなかったのではないかと思えてくる。介入者は、当該紛争に外部的な観点を組み込むことで、紛争システムの動的展開過程をずらすことはできる。紛争システムは、第三者の介入を通じてかなりちがった方向へと展開していくはずである。これとて紛争システムの動的展開過程を「意図した方向」へと誘導できるという意味ではない。ただし、介入によって、紛争システムが当事者（および周囲の関係者）たちにとって耐え難い状態で均衡してしまうのを回避させるだけであれば、なお可能であろう。紛争が「共存可能」な状態に転化されれば、あとはそれが「非問題化」されるのを待てばよい。時が紛争を収束させてくれる。

(b) 「法による紛争解決」の原理的不可能性

ところで、判決はいずれかの当事者の法的主張に軍配をあげるといった仕方で「紛争を収束させる」(法による紛争解決) ものだと考えられている。それが判決に対する一般的な「役割期待」である。これまで論じてきたことから、判決がこの役割期待に端的に応えられないことは、もはや明らかである。

たしかに、訴えの提起、争点および証拠の整理、訴訟の審理、判決といった「判決形成過程」は、紛争の渦中にある当事者(および周囲の関係者)たちのやり取りに、かなり強い刺激を与えるに違いない。その途上で紛争が「共存可能」な状態に転化されることも十分にありうるだろう。こと「事実の解明」には特別の意味がある。事実が解明されれば、当事者自身において当該紛争を「対象として捉える」ことができるようになる。当該紛争が「対象化」されれば、当事者たちの不安は大きく軽減されるだろう。そうなれば、すでに当該紛争は「共存可能」な状態に移行していると言える。このかぎりにおいて、「判決形成過程」は紛争の解決にとって重要な役割を果たすと言える。^{*18}

だからと言って、「判決によって紛争を収束させる」ということが望み薄であることに変わりはない。少なくとも、判決が意図するような仕方で紛争が収束するということは、あまり期待できない。判決もまた紛争へのひとつの「意図的介入」なのであり、「意図的介入」一般にともなう困難を排除することはできない。それにはつねに「予期せぬ反作用」がつきまとう。そもそも、決定の背後には、事象次元のところで述べた「決定パラドックス」がひかえているのである。だから、「紛争を決定によって収束させる」ということが一般的に期待されているとすれば、それは「期待過剰」と言わざるをえない。

(三)「法による紛争解決」という虚構

(a)「法による紛争解決」の作出

私たちはあいかわらず、「判決によつて紛争を収束させる」という期待を維持している。それが「期待過剰」であることははっきりしているにもかかわらずである。そうした期待の維持を可能にする「からくり」がどこかにあるに違いない。

確認しておくが、「法による紛争解決」はできなくとも、そのような外観を作出することはなお可能である。それはつぎのような仕方で行われる。当事者(原告)は、弁護士のもとに(本人訴訟の場合には直接裁判所に)「未構成の紛争」を持ち込む。それは、当事者(原告)が自分なりに捉えた、「社会的実体としての紛争」の「ひとつの相貌」である。しかし、それはなお「法的取り扱い」になじむものではない。それは法／不法をめぐる「主張の対立」という体を成していないからである。訴えが提起されるに際して最初に行われることは、そうした「未構成の紛争」を法的に「許可されたコンフリクト」(Vgl. LV, S. 100ff. 邦訳一〇五頁以下)へと置き換える作業である。ちなみに、ルーマンの言う「許可されたコンフリクト」は、裁判所法第三条第一項にいわゆる「法律上の争訟」に概ね相当している。

そうした「置き換え」のために、なによりもまず「訴訟当事者」「法律上の請求」が特定されなければならない。この点「訴訟当事者」は、「社会的実体としての紛争」を構成する実際のやり取りの当事者(および周囲の関係者)と必ずしも一致するわけではない。これを大幅に切り詰めることで「訴訟当事者」は特定される。「法律上の請求」もまた「社会的実体としての紛争」の対応物ではない。それは原告／被告の両当事者およびその弁護士たち、そし

て「争点整理手続」等に関与する裁判官の「共同作業による構成物」である。

法的決定に向けて、当該紛争はさらに切り詰められていく。「訴えの利益」をはじめとする「訴訟要件」もそのためのフィルターである。その後の「訴訟の審理」に関する手続準則も同様にフィルターの役割を果たす。手続準則に基づく法廷での主張・立証は、当該紛争から法的決定に無関係な要素をことごとくそぎ落としていく。訴訟過程が進んでいくにしたがって、当該「法的事案」と「社会的実体としての紛争」との乖離は大きくなる。皮肉なことだが、それに対応して当該「法的事案」は「終局判決」への適応性を高めていく。^{*19}

裁判官は、そうした切り詰めの結果として構成された「法的事案」に対して、法規を解釈適用して終局判決を下す。しかもその際、あたかも当該事案がはじめから法／不法をめぐる「主張の対立」の形で存在していたかのように取り扱う。だから、終局判決は当該事案に「終止符」を打てるわけである。^{*20}このようにして、外観のうえでは終局判決によって「法による紛争解決」が図られたかのように取り繕われることになる。だが、終局判決が下されたからといって、紛争のもつポテンシャルが吸収されてしまうわけではない。ルーマンによれば、紛争ポテンシャルへの対処を可能にするのは「裁判手続」である。裁判手続の機能の社会学的分析は第六章に譲る。いずれにせよ、人々が「法による紛争解決」の外観の背後にあるものを取り立てて問題視するようにならないかぎり、その実際の姿は封印され続ける。

(b) 判決はだれに向けられているのか

ところで、このようなことなら何のために終局判決が下されるのかという疑問が当然生じてくるだろう。なるほど判決は、まずもって「訴訟当事者」に向けて下される。まさに「当事者間の紛争を解決するために」である。だが判決は、そうした役割期待に端的に応えることはできない。それは「原理的不可能性」をはらんでいるからであ

る。

もつとも、判決に対するもうひとつの役割期待がある。法のコードとプログラムを全体社会レベルでシンボリックに貫徹するということへの役割期待である。これは、法システムの基本的機能に関わっている。法システムは、この基本的機能を果たすことによって、全体社会のなかの「一般の人々」の信頼を集め、自己を維持することができる。それゆえ、裁判所は一般の人々に対する「判決の波及的效果」を考慮せざるをえない。判決は一般の人々に向けても下されているのである。むしろ、法システムの機能との関係では、こちらの方が重要であるとさえ言える。

判決は、一般の人々、とりわけ紛争をできるかぎり回避し何事もなく日々の生活が続けようとしている一般の人々に対して、行動前提を提供する。^{*21} 彼（女）らは、判決が違法であると判断した行動を可及的に避けることで、面倒なことに巻き込まれる可能性を大きく減らすことができると信じている。彼（女）らにとっては、判決に先だって訴訟当事者間でどのようなやり取りが行われたか、また裁判官がどのような考慮をはたらかせた結果そのような判決内容になったのかということは重要ではない。彼（女）らは、当該判決によって同種の事案についての「不確かさ」が除去されたということにもつぱら関心をもつ。しかも彼（女）らは、自らの行動にとって必要なかぎりで、選択的に事案を参照するのである。彼（女）らは単純化された形でしか事案を引き合いに出さない。彼（女）らにとって、事案とは、紛争に巻き込まれないための大まかな指針にすぎない。それに役立てば十分なのである。

この役割期待に応えるためにこそ、裁判は「法による紛争解決」にこだわるのである。判決理由が明確であることが求められるのは、この役割期待に応えるためである。しかし、この役割期待と紛争当事者たちによる紛争解決への期待とのあいだの乖離は埋まることがないだろう。せいぜいのところ「補償」が可能であるにすぎない。

第五節 小括

本章では、法的決定（判決）のメカニズムを微視的に検討することによって、一見端的に可能に見えることが、実はかなりの「迂路」を経て「可能化」されているということを明らかにしてきたつもりである。意味の三次元の区別にしたがって、三つの「不可能性」が検討の対象になった。要点を整理しておこう。

まず事象次元では、決定には「（もはや）選ぶことができない」（なお）選ぶことができる」というパラドックス（決定パラドックス）が潜んでいることが問題となった。これを見えなくするのが「根拠」である。しかし、法的根拠は恣意的であることを避けられない。法的決定は根拠が「恣意的ではない」という外観を確保できたときにのみ「可能」になる。この外観を確保するうえで、裁判が法システムの「自己観察の中心拠点」として法的根拠の一貫性をコントロールできるとことが重要である。

つぎに時間次元では、判決（法的決定）は端的に「過去に基づいて未来を拘束する」という「決定らしい姿」を現わすわけではなく、それは裁判官の「時的観察」が作り出した「固有時間」のなかでのみ可能なのだということを明らかにした。「固有時間」なくして判決は「不可能的」である。しかし、「固有時間」は別の問題を派生させる。それぞれの「固有時間」は「場当たり的」に構成されるからである。そこで、そうした「場当たり性」を見えなくすることができてはじめて、判決は十分な信頼性を確保できることになる。ここでもまた、「場当たり性」を見えなくする「うえで、裁判が法システムの「自己観察の中心拠点」をなすということが重要な前提をなす。

さらに社会次元では、判決はそれ自体では「紛争そのもの」を解決することができないことを明らかにした。社会的実体としてみるかぎり、紛争はひとつの「相互作用システム」（紛争システム）を形成するのであり、「主張の

対立」に白黒つけるといふやり方ではとうてい収束させられるものではない。裁判は、そうした「紛争そのもの」を、それとはほとんど無関係なまでに切り詰められた「法的事案」にすり替え、それに対して「法的解決」を与える。そのような「法的解決」は紛争当事者の期待に添うものとはいひ難い。しかし、これによって、裁判は法のコードとプログラムを全体社会レベルでシンボリックに貫徹するという役割期待に応えることができるようになる。

法的決定の「不可能性」に着目する本章のアプローチの主たる意義は、「不可能性」を(少なくとも見かけのうえで)可能に転ずるための「複数の社会的メカニズム」に目を向けさせるところにある。法的決定の「不可能性」を可能に転ずるためのやり方は必ずしもひとつではない。意味次元を異にすれば、そのやり方は別様である。しかも他の意味次元における社会的メカニズムをもつてひとつのメカニズムを代替したり、補完したりすることは十分に可能である。たとえば、後に述べるように、「根拠の問いの遡行を食い止める」ためには、主として事象次元に関わる「法的論証」なる社会的メカニズムだけでは負担過剰であり、主として社会次元に関わる「裁判手続」なる別の社会的メカニズムを通じて紛争ポテンシャルを対処可能なものに転化することで、どうにか達成できるようになる。加えて、その連携のやり方はひとつではない。次章では、本章で明らかにした基本枠組を前提として、さらなる検討を進める。

法的決定の「不可能性」を出発点におく本稿のようなアプローチに抵抗を感じる向きもあろう。とりわけ「教義学的思考法」になじんだ法学者たちは、かりにも「思考の前提を構成するもの」を否定する本稿のようなアプローチを、素直に受け入れることができないかもしれない。しかし、逆説的だが、「不可能性」を出発点にすることで、法的決定のもつ「別様の発展可能性」(複数の社会的メカニズムの別様の連携可能性)を視野に収めることができるようになる。出発点の「不可能性」にふたをしてしまうことで、「創造的契機」を論ずる余地を封じてしまうことは、

学問の営みとして愚かしいことである。

第五章 法的論証

ここでの課題は、前章で述べた決定パドックスの脱パドックス化をより子細に検討することである。換言すれば、事象次元で述べた「法的根拠の一貫性コントロール」について、別の角度からさらに分析を進めることである。

第一節 論証をどう規定するか

(一) セカンド・オーダーの観察としての論証

(a) 論証と解釈

「論証」とは、一般論として言えば、なんらかの態度決定を「根拠づけ」する操作である (Vgl. RG, S. 342)。法に関して言えば、法／不法コードの配分に関する判断 (法的決定) を法／不法コードに照らして根拠づけする操作である (法的論証)。

論証はしばしば「テキストを解釈すること」と結びつけて理解されている。とりわけ法的論証においては、法テキストを解釈して事案に適用することが前提となるため、解釈と切り離してそれを理解することは困難である。し

かし、論証は解釈とは重要な点で異なっている。解釈はファースト・オーダーの観察レベルにおいても可能な操作である。それは「反省作用」を必要としないからである。ファースト・オーダーの観察レベルにおいて、それぞれの行為者は、なんら「無反省」なまま、各人各様に解釈を行うことができる。それはほとんど勝手にまくし立てられてゐるにすぎない。そのままでは、解釈は「観点の食い違い」をどうすることもできない。ファースト・オーダーの観察レベルに留まるかぎり、解釈について一致を見ることはほとんど期待できない。

これに対して、論証はファースト・オーダーの観察レベルを越えることができなければ不可能である。それは「行為者自身による論証」であれ、「第三者による論証」であれそうである。たとえば第三者たる裁判官が、「私がこの建物の所有者だ／いやちがう」と言い争っている当事者たちと同じレベルで争つてしまつては、論証などできるはずもない。それでは当事者それぞれの解釈の食い違いを「反省的」に検討することができないからである。論証は、それぞれの行為者の解釈からいったん距離をとることができるレベル、つまり「観察を観察する」レベル（セカンド・オーダーの観察レベル）に立つてはじめて、可能になる (Vgl. RG, S. 340f.)。

セカンド・オーダーの観察レベルに立つためには、目下展開されている「熱いやり取り」から一步引いて、それを眺めることができるようなスタンスが確保されなければならない。もちろん、そのための方策は様々でありうる。「冷却期間をおく」というのもひとつのやり方であろう。これは「行為者自身による論証」に適した方策である。しかし法システムは、そうしたスタンスを可能にする自己観察の拠点として「裁判」を備えている。自己観察の拠点化は「第三者による論証」に適した方策である。裁判がセカンド・オーダーの観察レベルを可能にするための観察拠点であることはすでに論じたところである。^{*22}

論証する者がセカンド・オーダーの觀察レベルに立つて、それぞれの行為者の各人各様の解釈から距離をとることができるようになると、そうした解釈の不一致に対処するために、根拠の「説得性 Überzeugungskraft」を問題にすることができるようになる (Vgl. RG, S. 341f.)。では、根拠が「説得的である」とは、どういうことなのであろうか。

根拠が「説得的である」とは、日常的な用法を手がかりとすれば、根拠が「理」にかなっていて、相手ないし一般の人々を「納得させることができる」ことである。そこで期待されているのは、「根拠の問いの無限遡行」に終止符を打つことである。^{*23}しかし、例によって形式論理学的なことを言えば、「理」にかなっているかどうかは「理」に照らして判断される。当然これは「自己言及」である (Vgl. RG, S. 343)。そのようにして「理」の参照をいくら繰り返したところで、「根拠の問いの無限遡行」に終止符を打つことはできない。実際、「理」にかなった根拠も、さらに「理」にかなった根拠の登場を排除できない。

ここで問われなければならないのは、「理」にかなった根拠によって「根拠の問いの無限遡行」に終止符を打つことができるという捉え方そのものである。むしろ逆に、「根拠の問いの無限遡行」を食い止めることができる根拠こそが、「理」にかなった根拠と解されるべきである。それがどんな根拠であるにせよ、無限遡行を食い止めることができるなら、それは「理」にかなった根拠である。あるいは、無限遡行を他の方法で食い止めておいて、そこに一見もつともらしい根拠を持つてくれば、それが「理」にかなった根拠である。根拠が「説得的である」ことはさしあたり無関係であつてよい。

ところで、「根拠の問いの無限遡行」を食い止めるとは、自己言及パラドックスを「脱パラドックス化」するといふことである。では、それはどのようにして行われるのか。

(二) 脱パラドックス化としての論証

(a) 脱パラドックス化のやり方

議論を法的論証に限定しよう。法的論証とは「法的決定(判決)を法的に根拠づける」作業である(Vgl. RG, S. 347)^{*24}。言うまでもなくそこには自己言及が見いだされる。根拠の問いの無限遡行に終止符を打つことは、端的に可能なわけではない。

法／不法コードによって構成される法的根拠の連関をとりあえず「法的根拠連関」と呼んでおこう。それは、未整序のままでは矛盾に満ちており、根拠相互の関係はあいまいである。まさに法的根拠の混沌状態である。この状態では、当該法的根拠に別の法的根拠が接続されることを妨げるものはなにもない。根拠の問いは無限遡行に対して開かれたままである。こうした状態を打破するために法教義学上用いられてきた基本的やり方は、「法的根拠連関」を性格を異にする「法準則 Regeln」と「法原理 Prinzipien」とに区別し、前者を後者に結びつけるというやり方である。^{*25}

① 法準則と法原理の区別

まず、法教義学が両者をどのように区別しているかである。法準則とは、事案に直接に適用される法的根拠(適用規範)である。それは法テキストの解釈によって導き出される具体的法規範である。ここに「法テキスト」とは、基本的に、大陸法諸国においては「制定法」、コモン・ロー諸国においては「判例」である(以下、大陸法を念頭に置いて説明を進める)。法準則はそれ自体ひとつの「解釈」でしかない。だから、そのままでは「なにゆえにそうな

のか」という疑義を排除できない。テキストを別様に解釈することはつねに可能だからである。他方、法原理は「基本的」な法的根拠であるとされる。講学上にいわゆる「規律目的」ないし「趣旨」がそれにあたる。^{*26}ここに「基底的」であるとは、「なにゆえにそうなのか」という疑義を差し挟めないということである。法教義学は、解釈者が法原理を探求することは認めるものの、これに疑義を差し挟むことを極端に忌み嫌う。^{*27}

② 法準則と法原理との結合

つぎに、法準則と法原理とがどのようにして結びつけられるかである。法準則は「法テキストの解釈」によって導き出されると述べたが、法準則と法原理とを結びつけるのもまた解釈である。^{*28}後に詳論するが、法テキストの解釈とは、法的論証コンテキストに照らしてテキストの「別様の読み」の可能性を排除する作業である。法的論証コンテキストのなかでとくに重要な位置を占めるのが法原理（規律目的ないし趣旨）である。法テキストの解釈は、実際には、その規律目的ないし趣旨に照らしてテキストの意味を補充したり、限定したりして行われる。^{*29}文言のいくつかの可能な読みは、当該事案の事実関係と法規の規律目的ないし趣旨との視線の往復のなかで絞り込まれていく。そして最後に、具体的な適用規範として法準則が導き出される。法準則はこの作業を通じて法原理と融合し一体化する。

法教義学が主張するところによれば、当該法準則についても、法原理と結びつけられることで、「なにゆえにそうなのか」という疑義を差し挟めくなる。根拠の問いの無限遡行はそこで食い止められる。だから法原理は「理」にかなった根拠ということになる。

だが、冷静な観察者の目には、これはまやかしにすぎないと映ずる。ただ法教義学がそのように言い張っているにすぎないからである。

（b）疑義を差し挟めない「からくり」

法原理が「なにゆえにそうなのか」という疑義を差し挟めないものだとすることは、法教義学においてそう主張されているにすぎない。法教義学は、それを裏付けるために、ひとつの「からくり」を用いる。

法原理は、同種の事案が問題になるときは、法準則とともに繰り返し同様のものとして参照される (vgl. RG, S. 349)。少なくともその程度に「安定化されている」というのである。なるほど、法教義学がそのように取り繕うかぎりで、それは「安定化されている」ように見える。安定性は人々にとって一種の「安心材料」である。というのも、安定化された土台から出発するときには、他の人々と前提を共有できる可能性が高いからである。^{*30}これに加えて、法原理が「よい根拠」としてのイメージを帯びているとすれば、その「安心材料」としての信頼はより増すだろう。そこで、人々は法原理を「無条件の前提」として受け入れはじめると、法原理にあえて異論を唱えることは容易ではない。反証を挙げる責任はすべて異論を唱える者が負う。しかし、具体的反証をいくら積み上げても法原理自体はなんら傷つかない。それは、具体的反証から切り離されている。その結果、法原理があたかも反証を許さないかのような外観が作り上げられる。「なにゆえにそうなのか」という疑義の問題は、このようにして「人々の受容」という事実をもって封じられてしまう。ここまで来てようやく、法的論証は「根拠の問いの無限遡行に終止符を打つ」と言いうるようになる。

第二節 論証と法素材

(一) 法的論証と法テキスト

(a) 「法テキストの意味を明らかにする」とは

それでは、法的論証と不可分の作業である「法テキストの解釈」に検討を進めよう。「法テキストの解釈」とは、一般に「当該事案に適用できるような法テキストの意味を明らかにする作業」であるとされる。しかし、そもそも「テキストの意味を明らかにする」とはどういうことなのか。それはどのような条件のもとに可能なのか。

テキストの意味は「書かれたもの *Schrift*」として固定されている (*Vgl. RG, S. 245ff.*)。そして社会生活上、通常の理解力を持つ人ならだれでも「書かれたもの」からその意味を「一義的に」読みとることができると期待されている。テキストの意味は端的に明らかであるはずだというのである。しかし、言うまでもなく「書かれたもの」が文字を用いて固定できる意味はごくわずかである (*Vgl. RG, S. 255*)。「書かれたもの」は、様々な読みに向けて大きく開かれている。「書かれたもの」の読みはそのままでは「恣意的」なままに留まる。「一義的な読み」は端的に保証されるものではない。

たとえば「故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ権利ヲ侵害シタル」(民法第七〇九条)という文言から、はたしてだれでもが通常の理解力のみ用いて同様の意味を読みとることができるだろうか。「故意」「過失」とはどのような意味か。それらを日常用語の「わざと」や「うっかり」に言い換えてみたところで、かえって意味の不確かさが増すだけである。また「因リテ」「他人ノ権利」「侵害シタル」とはどういうことなのか。いずれにしろ、文言のみから「一義

的な意味」を引き出すこと、つまり「別様の読み」の可能性を排除することは、事実上不可能である。

それならテキストの意味はどのようにして「別様の読み」の可能性を排除できるのか。テキストの意味は「読み手に与えられたコンテキスト」によって大幅に補充されている。読み手は、自覚的であると否とにかかわらず、与えられたコンテキストに照らしてテキストの意味を読みとっている。いやむしろ、コンテキストに照らしてテキストの意味を「創造」していると言った方がいい。^{*31} だから、コンテキストは「テキストの意味を明らかにする」ための不可欠の前提条件である (Vgl. RG, S. 256)。

ここから考えられることは、テキストの「別様の読み」の可能性を排除するためには、「コンテキストが共有されていること」が必要条件になるということである。なぜなら、テキストを補うコンテキストが同じであれば、そこから引き出される意味が同様のものになることは、かなり期待できるからである。もちろん、それによってテキストの「別様の読み」の可能性が完全に排除されてしまうわけではない。しかし、それは大幅に縮小されるだろう。残された「別様の読み」の可能性は、なんらかの作為を加えることで「見えなく」することができる。このようにして「テキストの意味を明らかにする」ということがはじめて可能になる (Vgl. RG, S. 363)。

(b) 法的論証コンテキスト

それなら、法的論証の場合における「読み手に与えられたコンテキスト」とはどのようなものなのか。ここで注目する必要があるのは、争いあっている当事者たちに与えられたコンテキストと法律家(とりわけ裁判官)に与えられたコンテキストの基本的な性格の違いである。

当事者たちはファースト・オーダーの観察レベルに立っている。そこでは、コンテキストは当事者それぞれのパースペクティブごとに個々別々であり、しかもそれは常時変化し続けている。なぜなら、現にそこで展開されてい

るやり取りのなかで、コンテキストそのものが再構成され続けているからである。コンテキストが個々別々である以上、そこから導き出される解釈もまた個々別々たらざるをえない。これではとうてい「別様の読み」の可能性を排除することは期待できない。

これに対して、法律家（とりわけ裁判官）が立っているのは、裁判という特殊な観察拠点を備えたセカンド・オーダーの観察レベルである。そこで問題になるのは、裁判に特化された「特殊な」コンテキストである。便宜上それを「法的論証コンテキスト」と呼んでおこう。法的論証コンテキストには、いわゆる「経験則」や「常識」のように一般の人々に与えられているコンテキストと共通する要素も含まれるが、わけても「法律家の職業的経験」、「関連する法規や先例の知識」、「法解釈の技術的知識」といった特殊な要素が含まれていることが重要である。法的論証コンテキストが法律家に共有されていることで、「可能的な解釈の幅」は大幅に縮小される（Vgl. RG, S. 356）。もって、テキストの「別様の読み」の可能性を排すること（ないし隠蔽すること）はかなり期待可能になる。

（c）法教義学

法的論証コンテキストは、論証の積み上げを通じて、またそれが「学説」として整序されることを通じて、「法教義学 *Rechtsdogmatik*」として構成されてきた。これまでなんら定義することなしにこの用語を使ってきたが、法教義学とは、法的決定（とりわけ終局判決）を可能にするために用意されてきた「法素材の織物」とでも言うべきものである（Vgl. RG, S. 367）。換言すれば、それは「決定不可能性」を可能に転ずるための「法的根拠と解釈方法の集合体」である。それは、当該事案を法的に整理し、それに対してふさわしい法規を割り当てることを可能にし、さらに、法的決定にいたるまでの論証過程を方向づける。そのような法教義学の中核をなすのは、当該法テキストの過去の具体的解釈例（法準則）、また、そうした解釈例を整序する規律目的ないし趣旨（法原理）、さらに、法

準則や法原理が概念化された結晶物(法的概念)、そして、そうした法素材を柔軟に動かしていくための「解釈の技法」といったものである。それは、明示化できる知識のみならず、「暗黙知」^{*32}に属する知識までも含んでいる。

法教義学は、テキストの「別様の読み」を排除するにあたつて絶大な威力を発揮する。すでに述べたが、法準則(適用規範)は、規律目的や趣旨(法原理)に照らして当該テキストを解釈することによって導き出される。そうした解釈を規定するのはまさに法教義学である。法準則もまた法教義学によつてはじめて「規定可能」になると言つてよい。法教義学は、「法律家であれば法準則の導出にあたつて大きな違いを生じない」という程度に「規定力」を備えている。法律家は、うっかり突飛な法準則を導出するようであれば、「法律家としての資質」を疑われることになりかねない。^{*33}

法教義学が威力を発揮するのはそれに留まらない。法教義学は、持ち込まれてくる事案の「事実関係の捕らえどころのなさ」をも大幅に縮減する。たとえば「この土地は私のものだ／いやちがう」といつて当事者が争っている。法律家たちは、法教義学の作り上げた「類型」に基づいて、当該「事実関係」をもつぱら「所有権の帰属をめぐる争い」としてのみ取り扱う。その背景に当事者の先代以来の「全人格をかけたがみ合い」がひかえていたとしても、そんなことは無関係である。というのも、それは当該事案の「法律要件事実」に含まれないからである。その結果、法律家たちは、もつぱらその「取得原因」や「対抗要件」の有無に関する事実だけを問題にする。たとえば、売買契約ないし贈与契約の成立要件、あるいは遺言の成否に関する要件、さらに、いずれの当事者が先に有効に対抗要件を取得しているかといったことに関する事実のみ問題にするのである。この「絞り込み」は、法教義学あつての成果である。このような役割を果たすがゆえに、法教義学は法的論証において中心的役割を果たす。法教義学を欠いては、法的論証は「論証の体を成さない」のである。

(二) 法教義学と論理的推論

(a) 法的概念と論証

ここで関連する問題について敷衍しておこう。法教義学は、伝統的に「法的概念 *Rechtsbegriffe*」と結びつけて理解されてきた。法教義学は、より抽象的な一般概念(法原理)からより具体的な個別概念(法準則)にいたる「演繹的な概念体系」を作り上げており、「論理的演繹」によってあらゆる法準則が導き出されると考えられてきたからである。^{*34}しかし、「法教義学が法的概念による論理的演繹の体系を構築している」という理解はどこまで成り立ちうるものなのだろうか。

まず検討を必要とするのは、「概念と論証のどちらが先行するのか」ということである。この点、「法的概念による論理的演繹の体系」というテーゼが前提とするのは、法的概念が論証に先行するという見方である。最初に法的概念があつて、そこから演繹的に論証が行われるというのである。しかし、その関係は実際には逆である。多かれ少なかれ法的概念の方が論証過程において構成される(Vgl. RG, S. 384)。すなわち、論証の形成過程のなかで、当該事案に適した法的概念が徐々に輪郭をはっきりさせ、明確な像を結ぶようになるのである。概念が明確な像を結ぶ以前であれば、別様の論理的演繹は幾通りも可能なはずである。だが、概念が明確な姿を見せる段階に達すれば、そこで「法的概念から演繹的論証が行われた」という外観が「跡づける」に創造される。^{*35}例によって、だれもそれを問題にしない。その結果、「法的概念から演繹的論証が行われた」ということが、そのまま人々に受け入れられてしまうのである。

もちろん法的概念は、過去に繰り返し同種の事案の論証に用いられており、当該事案の論証のため参照されると

きにはすでに、ある程度の「規定性」を獲得しているという反論が予想される。だが、「規定性」がもたらすのは、せいぜいのところ論証のための「暫定的な出発点」にすぎない。たとえば、「共同不法行為」(民法第七一九条)という法的概念は、法律家であればだしもその法律要件を即座に列挙できる程度の規定性を備えている。しかし、それが当該事案に本当にふさわしい法的概念であるか、また、それがふさわしい概念だとすればどのように具体化されるべきか、当初の段階では未定である。そうした事柄は、論証形成がある程度進行した段階で、はじめて明らかになるのである。いずれにしろ、法的概念はそれだけでは法的論証の決め手となるものではない(Vgl. RG, S. 387f.)。^{*36}

(b) 論理的推論に可能なこと

このように、法的概念からの論理的演繹推論は法的論証の決め手とならない。だからといって、法的論証において論理的推論が無意味に帰するわけではない。それは、決して見過ごせない重要な役割を果たす。^{*37}

まず、論理的推論は「個々の法的論証のコントロール」に威力を発揮する。論理的推論は「論理必然的 logisch zwingend / 論理的に誤った logisch fehlerhaft」という図式を用いるということによって特徴づけられる (Vgl. RG, S. 400)。法的論証は、基本的にこの図式に基づいて整序される。この図式は「論理的誤謬」に対する敏感さをもたらす。かりに論理図式に基づいて整序された法的論証のなかに論理的誤謬が含まれていた場合には、それはただちに明らかになろう。たとえば、それに「矛盾律」が含まれていた場合には、ただちに是正が迫られるだろう。論理的推論は、法的論証を「反省的にコントロールする」ことを可能にする、ひとつの「技術」として理解できる。

他方、十分に成功しているとは言えないにしろ、法教義学が法的概念による論理的演繹体系の構築に努めてきた成果として、論理的推論は「法的概念の操作」についても一定程度のコントロールの役割を果たしうる。論理的推論は、ある法的概念によって事案に対処できるかどうか疑義が生じている場合に、当該概念を修正するなどのよう

な法的相違が生じるのか、どのような点では相違を生じないのか、そしてどのような弊害を生じるのかといったことについて、ある程度推知することを可能にする (Vgl. RG, S. 401)。たとえば、雇用契約 (民法第六一三条以下) の概念に本来的には含まれない「付随的義務」(安全配慮義務) 違反にまで債務不履行責任 (民法第四一五条) の保護を及ぼすすると、①「時効期間」の点では不法行為責任 (民法第七〇九条以下) を追及するよりも被害者 (被用者) 側に有利になる (三年ではなく一〇年の消滅時効)、②かりに債務不履行責任一般の原則にしたがって「義務違反のないことの立証責任」を使用者側に課すると、被害者側に有利になりすぎる、③他方、被害者側に「使用者の義務違反があることの立証責任」を課すならば、立証の難易度は不法行為責任を追及する場合とさほど変わらない、④このような契約責任の拡張は契約の「責任範囲限定機能」をないがしろにするおそれがある等々といったことが、論理的に推知可能である。^{*38}これによって、当該法的概念をどこまで修正してよいか、その際どのような法的手当てが必要かといったことを問題にできるようになる。

論理的推論は、ここで述べたような意味においてならば、法的論証のコントロールにかなり有用である。しかし、そうしたコントロールは「論理的推論が法的論証の決め手になる」とする役割期待とは必ずしも一致しないのである。

第三節 論証の他者言及

さて、法的論証をめぐるって縷々述べてきたが、法的論証において「外部性」がどのような仕方で参照されるのかという問題もまた避けて通れない。この問題には、伝統的に連綿と続けられてきた「法の閉鎖性と開放性」をめぐる

る議論が関わっている。ここでは「結果志向」と「利益志向」について検討する。

(一) 法的論証と結果志向

(a) 法的論証と「内的結果」

第二章でも述べたが、法プログラム(法準則)は基本的に「条件プログラム」の形をとる。^{*39} 条件プログラムとは、「Wenn / Dann」(もし〜ならば……がもたらされるべし)という図式にしたがつて、一定の原因(要件事実)を、一定の効果(法律効果)の発動要件として確定するプログラムのことをいう。条件プログラム化によって、判決を根拠付けするにあたって、裁判官は「過去(基準時)」において法律要件が満たされていたか否か」のみ問題にすればよいことになり、判決から派生する「将来の結果」を考慮する負担を大幅に軽減されるというのである。

しかし、裁判官の実際の考慮に将来の結果が含まれていないとはとうてい言い難い。判決が「過去に基づいて未来を拘束する」ものだと理解されている以上、法的論証にあたって裁判官がなんらかの仕方将来の結果を顧慮していることは明らかである。裁判官としては、法律要件が満たされているというだけで、期待される結果がまったくもたらされないような判決を下すわけにはいかない。

当然の前提として、裁判官は判決を形成するに先だって「法律効果 Rechtsfolgen」(内的結果)を考慮している(Vgl. RG, S. 380f.)。裁判官は、まずもって「当該事案にどのような法律効果を及ぼすことが適切か」を考慮しながら、適用すべき法準則を取捨選択している。どうしても期待された法律効果を導き出せない場合には、裁判官はそれを「法の欠缺」として、法準則の方を創造してしまう。やや循環論めくが、裁判官は、法律効果に照らして選り出し

た（あるいは創造した）法準則に当該事案の事実を当てはめることで、適切な法律効果を導出するのである。

もつとも、法律効果は、あくまで「当該法準則の適用に対して法が期待する結果」以上のものではない。それは言うまでもなく、経験的意味で問題になるような「現実の結果」（外的結果）ではない。したがって、たとえば債務者が執行を逃れたり、無資力のために期待された給付がなされず、法律効果が実現しなかったとしても、「法的には」困った問題を生じない。法律効果が「現実の結果」から切り離されているところに、条件プログラムの負担軽減機能の核心が存していると言つてよい。

（b）「外的結果」の考慮

では、人々が経験的意味で問題にするような「現実の結果」は、法的には問題にならないのか。法準則が条件プログラムの形をとるかぎり、法が外的結果を考慮する必要はないはずである。もちろん建前としてはそうである。しかし、法準則が外的結果と本来に無関係であつてよいわけではない。もしそうなら、法は社会を何ら規律していないということにもなりかねず、だれも法準則を遵守することなどなくなるだろう。少なくとも、内的結果と外的結果は「概ね対応している」（ように見える）のでないならぬ。

法的論証において外的結果を顧慮するということは、多かれ少なかれ「判決を目的プログラム化する」ということを意味している。（Vgl. RG, S. 379f.）「目的プログラム」とは、一定目的の実現を目標とするプログラムである。その典型例は「政治綱領」である。その実現の失敗はただちに直接の責任（この場合は「政治責任」）を生ずる。かりに判決が目的プログラムだとすると、裁判官は判決のもたらす現実の結果に対して、直接に責任を負うことになる。たとえば、裁判官が「被告は原告に対して金一千万円を支払え」と判決したのに、債務者（被告）が無資力であるため給付が得られなかったとすれば、裁判官がその責任を直接に負うことになるはずである。しかし、

裁判官は、目的実現のために特別の物理的強制手段を用いることができるわけではないし、リスクをヘッジするための備えもない。そうした手段や備えに欠ける以上、裁判官にできることはせいぜい、外的結果を「自らに責任が及ばない範囲で」考慮することぐらいである。

しかし、「目的実現に向けての社会的圧力」は、裁判官がそうした立場に留まり続けることを許してくれない(Vgl. RG, S. 381)。とりわけ「公害訴訟」のように、人々が政策目的の実現手段として、裁判に大きな期待を抱く場合にはそうである(政策形成訴訟^{*40})。政策形成訴訟は、裁判を「政治責任の大波」のなかに連れ出す。そこでは、裁判は一般世論を喚起し、ひいては政府の方針を動かす重要なアクターとして、人々の熱いまなざしを受けることになる。裁判は、そうした期待に適切に 대응することができれば、その存在を社会に大きくアピールできる。だが他方、裁判が人々のそうした期待に応えようとして、衆人環視のもとでそれを裏切るようなことになれば、裁判に対する人々の期待は大きな幻滅に変わるだろう。だからといって、なにもしない場合にも、裁判が「政治責任の大波」に巻き込まれずにすむとは限らない。裁判の消極的な態度が問題を深刻化させたと、人々に非難される場合もしばしば見られる^{*41}。

いずれにしろ、「目的実現に向けての社会的圧力」は、裁判をほとんど「八方ふさがり」の状況に追い込んでしまう。それは、裁判を身動きできないようにするだけで、望ましい展開にはつながらない。^{*42}ここで確認されなければならないことは、「目的実現に向けての社会的圧力から距離をとることができること」こそが、裁判の「思い切った判断」の条件を成しているということである。不用意に裁判をそうした圧力に曝すことは慎まなければならない。

(二) 法的論証と「利益志向」

(a) 「法的論証において考慮される利益」とは

法的概念からの論理的演繹が法的論証の基本に置かれるべきだとする「概念法学」が批判されるなかで、概念よりもむしろ「利益 Interessen」が法的論証の考慮の中心に置かれなければならないとする主張が有力となった。周知のとおり、これは「利益法学」の主張である。確かに、紛争は多かれ少なかれ「利害の対立」に端を発している。また、それは「利害の対立」に翻訳可能である。だから、言うまでもなく判決を根拠づけするにあたって利益を考慮することは必要不可欠である。

では、「法的論証において考慮される利益」とはどのようなものか。しばしば目にするものを例示的に列举してみよう。一方で、個人的性格を帯びた「生命」「身体」「自由」「財産」「名誉」「静穏な環境を享受する利益」「十分な日照」「プライバシー」といった利益、他方で、公共的性格の強い「公共の福祉」「社会の安寧」といった利益、はたまた取引秩序に関わる「取引の安全」「信頼」といった利益が法的論証に用いられうる。一見すると、そうした利益の内容はきわめて多岐にわたっており、どんな利益でも法的論証に用いられうるかのようなのである。さらに、そうした利益は「恣意的」に選別されているかのようにも見える。

内容面から出発するかぎり、あらゆる利益のなかから「法的論証において考慮される利益」が恣意的に選別されているように見えるのは仕方がない。もとよりその内容は、ここでの問題を説明する手がかりにはならない。むしろ、その目的のために着目すべきなのは、利益の「内容」ではなく、利益が法的論証のなかで果たす「役割」である。この点、利益が法的論証のなかで果たす役割とは、論理的演繹によって適切な結論が導き出せない（そのよう

な外観さえ取り繕えない)ときに、比較的に無害なやり方で外部性を参照するための「法の外部規定定式」(以下では「利益定式」としての役割である (Vgl. RG, S. 391)。有り体に言えば、「形式論」で割り切れない問題に対処するために引き合いに出される「実質論」としての役割である (Vgl. RG, S. 394)。論証に際して問題とされる外部性は、この定式を通過することで、それぞれ「法的利益」として記述されることになる。その際、法的論証コンテキストに適合しない要素はふるい落とされる。外部性は、論証のなかで参照されるときには、すでに利益の名を借りた一種の「法的概念」に転化されている。

(b) 「利益による法的論証」の特色

「利益による法的論証」は、「概念からの論理的演繹」とはかなり異なるやり方で行われる。利益による法的論証と概念からの論理的演繹は、裁判官の実際の作業のなかでは「渾然一体化」しているのだが、あえて前者を純化した形で示してみよう。利益定式は、参照される利益を「より要保護性の大きな利益」(優先利益)と「それに劣後する利益」(劣後利益)とに区別することを求める (Vgl. RG, S. 396)。そのために行われる作業が「利益衡量」である。利益衡量とは、当該事案において問題になる利益のうち、どの要保護性がより大きいかを比較検討し、明らかにすることである。利益衡量によって優先性が認められた利益に対して「法的保護」が与えられることになる。たとえば、空港の周辺住民が騒音被害の救済を求め、航空機の夜間離発着の差し止めを請求してきた場合には、住民たちの「静穏に生活する利益」と、空港利用がもたらす「公的利益」が比較検討される。そして、空港利用がもたらす「公的利益」の優先性が認められれば、(一定の補償のもとに)住民は騒音を受忍しなければならない^{*44}。

もつとも、いったん劣後利益として結論が出された利益も、以後一切顧慮されなくなるわけではない。劣後利益も、別の観点から要保護性を認められることは十分にある。たとえば、それは「補償」を考慮するための根拠事由

となる。また、状況が変化した場合には、優劣関係が逆転する場合も生じてくる (Vgl. RG, S. 396f.)。先ほどの例で言えば、騒音被害によって人々の精神面にもたらされる被害の重大性が科学的に明らかになるなど、住民の「静穏に生活する利益」の重要性があらためて確認される一方、航空需要の分散化等の理由で当該空港における航空機の夜間離発着の必要性が低下したというような事情がある場合には、住民側の利益が優先され、航空機の夜間離発着が禁止されるということもありうるはずである。つまり、概念からの論理的演繹とは異なり、優先利益と劣後利益の衡量結果は、未来に開かれたものとして留保されている。利益による法的論証は、融通性の点で非常に優れた方法である。それは、まさにその融通性によって「形式論」の限界を補うという役割を果たすのである。

(c) 「利益志向」の限界

とはいえ、利益による法的論証は、根拠の問いの無限遡行を切断するには、あまりに開放的である。法的論証においてそのような開放性を前面に出すことは禁物である。利益による法的論証が依拠できるのは、争いの当事者と一般の人々による「直接的な了解」ないし「説得力」だけである。言わずもがな、そうした了解や説得力は危ういものである。それは「なにゆえにそうなのか」という根拠への問いを容易に呼び起こす。かりに、利益による法的論証を前面に出してよいときがあるとしても、当事者と一般人による直接的了解が「確実に」期待され、それ以後も余計な疑義を生ずるおそれがないような特別の場合に限られよう。それは例外以上のものであればない。利益を法原理の「代用品」として用いることなど言語道断である (Vgl. RG, S. 397f.)。

翻って考えてみれば、直接的な了解や説得力に依拠することなく論証を行いうるということこそが、概念からの演繹的論証のもたらす「成果」なのである。それは、法的論証を「抽象的な一般概念」(法原理)に依拠せしめることで、人々の直接的な了解や説得力を不問にしてしまう。それは法的論証が了解や説得力のような「危ういもの」

に依拠することを回避せしめる。利益による法的論証は、この「成果」に対して破壊的な帰結をもたらしかねないという意味で、法的論証の中心にはなりえないのである。

第四節 小括

本章ではまず、法的論証が「法原理」を用いて根拠の問いの無限遡行を阻止するものであることを示し、そのための「からくり」を明らかにした。続いて、そうした「からくり」と密接に関連する「法テキストの解釈」について論じ、その不可欠の条件としての「法教義学」とはどのようなものか概観した。さらに、「結果志向」や「利益志向」は法的論証にどのような問題をもたらすのかといった、関連するテーマを論じてきた。

法教義学によって方向付けられた法的論証は、法的根拠に関わる自己言及を脱パラドックス化することに、いまのところどうにか対処できているように見える。しかし、法的論証に突きつけられる要求水準は、時代の変化とともにますます高くなっている。求められる柔軟性と多様性は、もはや過大になっていると言つてよい。「根拠の問いの無限遡行」を食い止める負担は、どうにもならないまでに増している。その困難は、もともと法的論証に潜在していた困難であるが、いまやそれは極大化している。根拠の問いの問題を「手続保障」の問題に置きかえようとする「手続化 Prozeduralisierung」が盛んに議論されるようになってきたのはそのためである (vgl. RG, S. 345f.)。しかし、手続はどのような困難を軽減する「補助的装置」としての役割を十分に果たしうるものなのか、果たしうるか、果たしうるようにしてなのか、さらに考察を進める必要がある。そこで次章では「裁判の手続」について検討することにする。

第六章 裁判の手續

ここで扱う問題も、法的論証の場合と同様に、決定パラドックスの脱パラドックス化に関わっている。ここで検討の対象となるのは、法的決定（判決）の社会次元における「不可能性」を可能に転ずる社会的メカニズムである。ここでは、第四章で留保しておいた、「社会的実体としての紛争」のもつポテンシャルに対処するための社会的メカニズムを検討する。まさにそのメカニズムが「手續」である。なお、断りのないかぎり、ここに言う「手續」とは「裁判手續」のことである。

第一節 法の自己言及と手續

(一) 決定パラドックスの時間化

(a) 回答の時間的引き延ばし

まず、一般的な問題設定からはじめよう。だれしも、答えを見いだせない難問に直面したときには、その回答を「時間的に」留保しようとする。それは基本的に「答えを模索する時間を得るため」である。だが、しばしば回答を時間的に引き延ばすこと自体が、ひとつの「暫定的解決」であることもある。

この「暫定的解決」は、当該の問いが「そもそも回答不能」である場合には、とくに重要な意味をもつ。という

のも、その問いについて「いまは時間の制約があつて答えられないが、いずれは答えることができる」という外観を取り繕うことができるからである。そのかぎりで「回答不能性」は無害化される。これ加え、つぎの事情もある。当該問いをめぐる状況は刻々と変化するため、時間を稼いでいるあいだに問いそのものが人々の関心の対象ではなくなる可能性もある。さらに、その時間を利用して答えを捏造し、手段を駆使してそれを真の答えとして人々に信じ込ませることもできる。そうした場合には、当該「暫定的解決」は「終局的解決」に転化される。

まさに判決の形成過程において「回答の時間的引き延ばし」は大きな威力を発揮する。判決とは、法／不法をめぐる問いに、法／不法の区別を適用して答えを「確定」することである。しかし、その「答えの確定」は、決定パラドックスに由来する「原理的不可能性」をともなっている。そうした不可能性の「回避策」としてまず用いられるのが「回答の時間的引き延ばし」である。回答を時間的に留保しておくことで、当該法的問いについて、「いまは時間の制約があつて答えられないが、いずれは答えることができる」ということにしておける。そうしておけば「回答不能性」は当分の間無害である。だから裁判は、「回答を時間的に留保しておく」ことを前提に開始される。あらかじめ原告／被告のいずれの主張に軍配があがるか確定されていなくてはならない(Vgl. RG, S. 207)。「回答の時間的引き延ばし」は、裁判官に対して、答えを模索する(捏造する)ための猶予を与える。だがそれは同時に、その答えを当事者に受け入れさせるための時間稼ぎでもある。

(b) 「回答の時間的引き延ばし」と手続

このように「回答の時間的引き延ばし」は、裁判が決定パラドックスに対処するための前提となる。裁判は、それを前提として、決定パラドックスを内的に処理するための手続を発達させてきた。その手続こそが「裁判手続」である(Vgl. RG, S. 207f.)。

社会学的に見れば、裁判手続は、両当事者および裁判官による「裁判上のやり取り」の連続体である。その基本型は、原告の訴え提起／被告の応訴によって開始され、争点や証拠の整理を経て、両当事者の主張・立証の積み重ねの後、裁判官による「終局判決」によって終了するというものである。手続の開始から終了にいたるまでのあらゆるそこでのやり取りは、当該手続内部の独自の規律に服する。手続は、そのような規律を備えることで、法システムの下位の「独自の相互作用システム」として分出する (Vgl. RG, S. 209f.; LV, S. 59ff. 邦訳六六頁以下)。

手続自体を法的に規律する「手続法」、および、手続規律と実体法上の法律要件とが結合した「証明責任分配ルール」(要件事実論)^{*45}は、手続の分出のもたらした最も重要な成果のひとつである。こうした裁判手続上のルールは、いずれの当事者に法／不法を配分するかについて、裁判官が時間をかけて慎重に検討することを可能にする。原告によって訴えが提起された段階では、実体法上の要件事実についての判断は、すべて白紙の状態である。裁判官は、口頭弁論がはじまったあと、原告の事実主張と立証(本証)／被告の反証と抗弁といった、当事者の法廷でのやり取りをじっくり観察しながら、当該要件事実について心証を形成すればよい。裁判官は、原告の請求の要件事実(権利発生事実)すべてについて十分な心証を固めれば、当該事案が「訴訟要件」をも満たしていることを条件として、請求認容(原告勝訴)の判断を下せばよい。他方、裁判官がそうした要件事実について十分な心証を固めることができなければ(あるいは権利障害・阻止事実について心証を固めれば)請求棄却(被告勝訴)^{*46}の判断を下せばよい。実際の判断はここまで単純ではないが、いずれにしろ裁判官は両当事者のやり取りの様子を見て、時間をかけて当該問いの答え(判決)を模索し、機が熟した「頃合い」を見計らって当事者にそれを「受容させればよい」のである。^{*47}

(二)「訴訟が裁判をするのに熟したとき」について

(a) 判決の頃合いのはらむ困難

だが、それは口に言うほどに容易なことではない。判決を出すのに適切な頃合いとはいつのことなのか。その頃合いはどのようにすれば達成されるのか。この点、裁判官が当該要件事実が満たされていることについて心証を形成してしまえば、ただちに判決を出すことができそうにも思える。たとえば、裁判官が問題となっている要件事実を職権で探知し、それについて心証を形成してしまえば、すぐにでも判決を出すことができそうである。その方が手取り早いとさえ思える。しかし、かりにそのようなやり方で裁判官が心証を固めたとしても、なお紛争の持つポテンシャルがコントロール困難で、判決のリアクションが裁判所へとじかにフィードバックされかねないような状態であれば、不用意に判決を出すのは危険である。当該紛争は裁判所を巻き込んで社会化されかねない。そこまで行かなくとも、紛争はこじれるばかりであろう。そんなことでは判決を出すのに適切な頃合いとはとうてい言えない。

そもそも、紛争に介入する際には、細心の注意が必要である。紛争のもつポテンシャルをコントロールすることは容易なことではないからである。すでに述べたように、裁判に現れてくるのは、「社会的実体としての紛争」のほんの一部分にすぎない。背後に多数の「潜在的当事者」がひかえているかもしれない。裁判に現れてきている事柄が「社会的実体としての紛争」の本質的部分でないことも十分に考えられる。さらに、当該紛争の直接の関係者とはまだ言えない周囲の人々、たとえば当事者の家族や親戚、職場の関係者や取引先の人々が及ぼす様々の影響もある。^{*48} そうした背景をもつ紛争に不用意に介入すれば、「予期せざる反作用」によって、問題をより複雑にしてしまう

こともしばしばある。そこで、判決を出す頃合いに達するためには、少なくとも当該手続との関係において紛争ポテンシャルをコントロール可能にしなければならない。

(b) 道徳的パッションの切り離し

ここでの課題は「手続の分出」と密接に関わっている。「社会的実体としての紛争」は、手続のなかでは、法／不法をめぐる主張の対立へと「些末化」され、当事者は自らの法律上の主張を裏付けるような「訴訟行為」（申立や事実主張・立証）のみ行いうる。この「限定」は、当該手続との関係において紛争ポテンシャルをコントロール可能にするうえで、重要な機能を果たす。

紛争そのものの、つまり「社会的実体としての紛争」は特定性の低い相互作用システムであり、義憤や正義感のような「道徳的パッション」の表出を当然に含んでいる。むしろ、道徳的パッションの表出の方がその主要素であると言えよう。訴訟行為は道徳的パッションの表出から距離をとることを必然ならしめる。訴訟行為に期待されるのは、終局判決に向けての直接間接の手続上の効果である。道徳的パッションの表出は、法律上の主張の攻撃防御に役に立たないのみならず、裁判官の心証を害するおそれがあるため、訴訟行為の場面では極力排除されなければならない。当事者が「熱い思い」を胸に抱いたり、相手方に「強い憤り」を感じていたとしても、直接それを手続に反映させることはできない。手続はそうした「熱い思い」や「強い憤り」とは無関係に淡々と進められていく。

この過程で、手続上の出来事は道徳的パッションからは基本的に切り離される。手続上の形勢の有利／不利は、もっぱら「中立的」な訴訟行為の積み重ねによってのみ決せられる。それは当事者（および周囲の関係者）たちの道徳的パッションを直接反映するものではない（Vgl. LV, S. 105f. 邦訳一〇頁以下）。かりに一方の当事者の手

統上の形勢が不利になっても、それは「中立的」な訴訟行為の積み重ねの結果でしかない。そうした結果に対して裁判所が判決を下しても、敗訴する当事者を「道徳的に断罪」したり、「人格的に否定」したりすることにはならない。このような状態にあるかぎり、出された判決に直接に「道徳的非難」が向けられ、裁判所が紛争の渦中に引きずり込まれるというような危険は可及的に回避される。この段階に達すれば、紛争ポテンシャルは当該手続との関係においてはコントロール可能な状態にある。

第二節 手続固有の論理と拘束性

もつとも、「判決を出す頃合い」を達するためのメカニズムについて、検討すべきことはこれだけに留まらない。さらに、訴訟行為の積み重ねはいかなる仕方で当事者の手続上の形勢の有利／不利を作り出すのか、また、そうした手続上の形勢の有利／不利と「実体法規の適用」はどのようにして適合化されるのか、より踏み込んで検討しておく必要がある。

(一) 役割行動の拘束性

(a) 手続固有の役割の成立

「手続の分出」の最も注目すべき成果は、「手続固有の役割の成立」である (Vgl. L.V., S. 60ff; 邦訳六七頁以下)。手続に關与するに際しては、裁判官も訴訟当事者も全体社会における他の社会的役割とは異なる、手続固有の役割

のみ期待される。

裁判官には、手続が公正かつ円滑に進んでいくよう適切な訴訟指揮を行い、慎重に心証形成したうえ、公平な立場で法的判断を下すという役割のみ期待される。言うまでもないことだが、彼（女）の役割は地域社会や党派、家庭などの考慮から切り離されていなければならない。^{*49}たとえば、裁判官が、地元の有力者と親しいことに基づいて、当該事案の処理に臨むことは許されない。他方、訴訟当事者には、法律上の主張について攻撃防御し、裁判官に法的判断を求める訴訟手続上の行為者としての役割のみ期待される。当事者についても、全体社会における彼（女）の他の社会的役割は考慮されてはならない。一方の当事者が有力な政治家で、他方がふつうの市民であるからといって、前者が優遇されてはならない。^{*50}また、一方の立場があまりに悲惨に見えるからといって、他方より手厚く保護されるというようなことも禁じられる。手続内部では、対立する両方の当事者は平等に取り扱われなければならない。

手続において全体社会における他の社会的役割を考慮しないということは、単なる「儀礼的演出」などではない。これは、手続に関与するすべての者を政治や経済の影響、はたまた道徳的パッションの影響から切り離し、もっぱら法／不法の配分をめぐる「法律上の主張の理性的検討ゲーム」に専念できるようにするための「制度的工夫」である。これによって、手続に属するあらゆるやり取りは、政治や経済や道徳など他の社会領域におけるやり取りとは区別された、独自のやり取りとして扱われるようになる。ここで注目されるのは、手続が政治力でも経済力でも道徳的影響力でもなく「手続固有の論理」によってのみ関与者を規律し拘束するということである。それは、「手続上の役割行動」の積み重ねがもたらす独自の拘束力である。

(b) 「自己表出」の拘束性

では、手続上の役割行動は当事者をどのようにして拘束していくのか。これは当事者の「自己表出 Selbstdarstellung」の拘束性に関わっている (Vgl. LV, S. 91ff. 邦訳九六頁以下)。手続上の自己表出は、つぎのような仕方では当事者を拘束していく。

当事者の役割行動は、そのつど裁判官をはじめ、相手方当事者、弁護士、書記官等の職員、傍聴人、そして当該事案に関心をもっている周囲の一般の人々による直接・間接の視線に曝されている。そうした視線は、しばしば当事者の些細な自己表出にいたるまで及ぶ。それはとりわけ「矛盾した挙動」へと向けられるのであり、当事者は否応なく「自己表出の整合性」を要求される。手続上行われる申立や事実の陳述、立証活動が前後矛盾に陥ったり、意味不明であったりすることは、極力回避されなければならない。当事者が矛盾した陳述などすれば、裁判官の心証を大きく損ない、また相手方当事者（および弁護士）も黙っていないだろうからである。^{*51} それは、当事者自身の形勢をいたずらに不利にするだけである。たとえば、交付された金銭の返還が求められている事案で、当初被告が「お金は返した」と争っておきながら、それで都合が悪くなったら「あれはもらったものだった」と主張を撤回するようなことは許され^{*52}ない。このようにして、自己表出の整合性要求は当事者の役割行動を拘束する。

「整合性要求の拘束力」は、継続的なやり取りのなかでしだいに強まる。そこでは、それ以前のあらゆるやり取りの結果が「システム史」として積み重ねられていくからである。積み重ねられた「システム史」の成果を踏みにじるようなことは基本的に許され^{*53}ない。整合性要求の拘束力は、手続の進行とともに覆すことができないものとなる。しかもそれは、当事者の「自由な行動選択」の結果としてそうなるのである (Vgl. LV, S. 93f. 邦訳九八頁以下)。^{*54}^{*55}

(二)「実体法規の適用」との適合化

原則として、終局判決は当該事案に対する「実体法規の適用」という形で出されなければならないとされる。終局判決に対しては、法のコードとプログラムを全体社会レベルでシンボリックに貫徹するということへの役割期待があるからである。しかし、整合性要求の拘束力は、必ずしもそれに適合的な仕方で当事者を拘束しない。それが、「実体法規の適用」のために期待される方向とは無関係に当事者を拘束することも十分に考えられる。そこで、いかなる過程で「整合性要求の拘束力」が「実体法規の適用」に適合化されるか、なお検討しておかなければならない。この適合化の過程は、大別して「未構成の紛争を構成する過程」と「訴訟の審理における過程」にわけられる。

(a) 未構成の紛争を構成する過程

紛争は手続の開始に先立って存在する。もともと、それは「未構成の紛争」に留まっており、なお裁判手続において取り扱うような規定性を獲得してはいない。そのようななかでの当事者のやり取りは、どのように進んでも、およそ「実体法規の適用」には適合しない。

そうした未構成の紛争に、端緒となる法的規定可能性をもたらすのが、弁護士による「事案構成」である。弁護士は、原告が日常的な言葉で必死に訴えかけてくる「思い」のなかから、法的考慮に値する要素(要件事実)をどうにかして抽出しようと試みる。もちろん、そうした要素を見いだすことができず、訴えを起こすことが無理だとわかることもある。しかし、多くの場合、なんらかの要素を抽出して理屈を作り上げることが可能である。弁護士のそうした努力の結果、当該紛争は、なお不確定な要素を含みながらも、一応のところは「権利義務の争い」の外観を備えるにいたる。その後の当事者のやり取りは、この「事案構成」によって大枠を規定されることになる。

構成された事案について適法な訴状が裁判所に提出され、被告がそれに応訴すれば、訴訟係属が始まる。しかし、まだこの段階でも、そのまま当事者がやり取りを進めたところで、実体法規を適用できる状態に達することは期待薄である。法律上の争点が不明確だったり、証拠が整理されていなかったりする。そこで、よほど筋のいい事案でもないかぎり、「争点および証拠の整理」が行われることになる。この過程で、原告の法律上の主張がどのようなものであるか、とりわけどのような実体法規が検討の対象になるのか、被告はなにを争えばよいのか、そうした法的争点についてどのような証拠が用いられるのか、といったことが明らかにされる。当事者のなすべき手続上の役割行動はこの段階でほぼ明確に方向付けされる。ここに来てようやく、「整合性要求の拘束力」が「実体法規の適用」に適合化される見通しが立つようになる。

(b) 訴訟の審理における過程

つぎに、訴訟の審理における適合化の過程を見よう。訴訟の審理における当事者の役割行動は、先に簡単に触れた「証明責任分配ルール」(要件事実論)によって、「実体法規の適用」に適合するよう誘導される。このルールは、実体法上の法律要件要素ごとに原告と被告のいずれが主張・立証の責任を負い、それができなければ敗訴のリスクを負うのかを決するものである。^{*36} 権利発生の要件事実原告が証明責任を負い、逆にそれを妨げたり阻止したりする要件事実被告が証明責任を負うというのが原則である。裁判官はその訴訟指揮を通じて、また弁護士は法的アドヴァイスを通して、当事者がもつばら証明責任分配ルールに基づいて攻撃防御を展開するよう促す。当事者はそうしなければ敗訴するというのだから、否応なくそれにしたがって行動する。

たとえば、当該事案について「不法行為による損害賠償」(民法第七〇九条以下)が問題になっているとすれば、原告(被害者)は、被告(加害者)の①「故意・過失」、②「権利侵害」、③「因果関係」について主張・立証しな

なければならない。かりに、原告が③の法律要件について十分に立証できないなら、そのままでは原告が敗訴する。他方、①②③すべての法律要件が満たされていることについて裁判官の心証が固まりそうになっていれば、被告の方でそれを反証によって突き崩すなり、抗弁を出して自ら立証するなりしなければ、被告が敗訴することになる。

このようにして当事者の自己表出の積み重ねは、もっぱら法律要件事実をめぐって行われるようになる。当事者の手続上の形勢は、そのまま「実体法規の適用」へと適合化される。そうした手続上の形勢が動かしがたいまでに固まれば、既に行使可能な攻撃防御方法を使い尽くした当事者は、たとえ主観的にどう感じているとしても、「実体法規の適用」の形をとる終局判決の受容をもちや排することはできない。^{*57}

第三節 判決受容の可能性

(一) 判決受容のあり方

(a) 二つの判決受容

終局判決の受け入れを強いられる当事者の抵抗感是非常に大きい。敗訴当事者はもちろん、勝訴当事者にとっても、その抵抗感は決して小さくはない。実際、勝訴当事者にとっても、その期待と乖離したところで判決が下されるのであれば、判決を受け入れる抵抗感はかなり大きいはずである。

たとえば、ある人が自分を侮辱した相手に対して「誠意ある謝罪」を目的として訴えを提起したのに、判決は相手になんら謝罪を命ずることはなく、そのかわりにわずかの慰謝料の支払いを命じたとする。現行法の建前ではこ

それが原則である。しかし、彼(女)が素朴に「誠意ある謝罪が判示されること」に期待を抱き続けていたとすれば、たとえ勝訴判決であつても、彼(女)がそのような判決を素直に受け入れることができるとは思えない。このようなことでは、いずれの当事者も判決を受け入れるにあたつてなんらかの反発を感じざるをえないはずである(Vgl. LV, S. 107ff. 邦訳一一三頁以下)。

ところで、判決の受け入れには、大きくわけて、①判決の意外な結論を大きな失望をともしつつ受け入れる場合と、②当事者が当該紛争について学習し、納得づくでその結論を受け入れる場合とがありうる。①の場合における敗訴当事者の抵抗感は甚大である。そうしたことが頻繁に繰り返されれば、裁判制度全体に対する不信感が急速に拡大していくおそれさえある。しかし他方、②のような仕方で当事者が判決を受け入れられるよう努力しても、裁判手続が「実体法規の適用」に向けられている以上、どうしても限界がある。「実体法規の適用」と「当事者による当該紛争の学習」のいずれを目標にするかによつて、手続において配慮されるべき事柄が大きく異なってくるからである。ことに、「実体法規の枠」に当事者を追い込んでいくのか、それとも「開かれた状況」のなかで当該紛争について学習するよう当事者を促していくのかという「志向性の違い」を看過することはできなう(Vgl. LV, S. 111ff. 邦訳一一六頁以下)。

(b) 「埋められない溝」を埋める

裁判手続が「実体法規の適用」にこだわり続けるかぎり、多かれ少なかれ、①のような仕方で当事者に判決が受容されることになる。当事者の思いは、よほど例外的な場合を除いて、そのままでは「実体法規の枠」と離れたところにある。だから判決は、当事者にこの乖離を押しつける「悪者」になつてしまうのである。そこで、なんらかの方法で「埋められない溝」を埋め、①を②に近づけていくような工夫が必要だということになる。ここで取り組

まなければならぬ問題は、当事者が①ではなく②のような仕方で判決を受け入れることができるにはなにが条件となるのかということである (Vgl. LV, S. 114ff. 邦訳一一九頁以下)。さしあたりそのためには、判決の受容についての当事者の「マイナスのインセンティブ」を取り除くとともに、彼(女)が「プラスのインセンティブ」を持てるようにする必要があると言える。

マイナスのインセンティブの主たるものは、敗訴判決の受け入れによって、様々の波及的影響が敗訴当事者の人格に及んでくるおそれがあることである。とりわけ、敗訴判決を受け入れることで「道徳的非難」が敗訴当事者の全人格に破壊的な仕方波及することが危惧される。それでは当事者は黙って判決を受け入れるわけにはいかなだろう。①を②に接近させるためには、そうしたマイナスのインセンティブを最小化することが、まず必要である。

他方、当事者がプラスのインセンティブを持てるようにするには、当事者が様々なパースペクティブを比較参照しながら当該紛争自体について学習するよう促すことが重要である。こうした学習促進が、「実体法規の枠」によってある程度制約を受けることは仕方がない。しかし、「実体法規の枠」の範囲は意外に広い。解釈作業を通じて法規が具体化される以前であれば、当該法規の法律要件それぞれについて「ふくらみある対応」の余地は十分にある。そもそも手続が開始されてしばらくは、どの実体法規が検討の対象となるのかさえ、なお不確定である。選択の余地はかなり大きい。少なくとも最初の段階にかぎって言えば、「実体法規の枠」の範囲でも手続は相当に多様な方向で展開しうる。この「展開可能性」を利用して、当該紛争についての当事者の積極的な学習を促すことはなお可能である。

(二) 判決受容のインセンティブ

(a) 道徳的非難の切り離し

マイナスのインセンティブの除去については、すでに述べた「道徳的パッションの切り離し」が重要な役割を果たしている。それは判決を下す裁判所に対してメリットをもたらすだけではない。この切り離しが、敗訴当事者に対して「道徳的非難が全人格に波及することを阻止する」というメリットをもたらすことに注目する必要がある。

繰り返して述べてきたように、手続は、道徳的パッションの表出、とりわけ道徳的批判を可及的に排除する。当事者の手続上の形勢の有利／不利は、もっぱら「中立的」な役割行動(訴訟行為)の積み重ねの結果である。そこでは、かりに一方当事者の手続上の形勢が不利になっても、役割行動の不手際の結果ではない。つまり、彼(女)には道徳的非難が直接向けられることはない。その結果によって、彼(女)が「悪である」と見なされたり、「全人格を否定」されたりすることはない。^{*58}敗訴当事者は、その「道徳的非難の切り離し」という成果を携えて全体社会へと戻っていく。それは、つぎのような仕方で道徳的非難が全人格に波及することを阻止する。たとえば、ある医者が医療過誤訴訟で敗訴したとする。もちろん彼(女)は、判決によって命じられた損害賠償責任をきちんと果たさなければならない。しかし、この損害賠償責任を果たしさえすれば、彼(女)はそれ以上の道徳的責めを負う必要はない。手続を通じて、彼(女)の負うべき責任の範囲は、道徳的非難とは中立の「損害賠償責任」に限定されてしまっている。裁判所は、被害者をはじめとする周囲の人々がなんと言おうと、それ以上の道義的非難には協力しない。損害賠償責任は彼(女)にとってまさに道徳的非難からの防波堤である。裁判官は、こうした道徳的非難の切断作用を無意味化しないように十分に配慮する必要がある。

以上のような仕方では、敗訴当事者が判決を受け入れることに対して感じるであろう拒絶感はかなり弱められる。よって、判決受容のマイナスのインセンティブはかなり軽減されることになる(vgl. LV, S. 117f. 邦訳一二二頁)⁸⁹。

(b) 紛争の学習促進

つぎに、「紛争の学習促進」について述べよう。一般に、学習を促すためには、学習者が様々のパースペクティブを比較参照できることが重要である。人は、いくつものパースペクティブを参照することによって、自らの置かれている状況に定義を与え、それを対処可能なものに転化することができる。ここに「学習」と言っているのは、人がそのような仕方では自分の置かれている状況を受け入れるようになることである。では、手続は当事者が紛争について学習するように促すだろうか。

手続は一種の「相互作用システム」であり、手続上のひとつの役割行動は他の役割行動と相互補完的な関係にある。手続のなかには、当事者から見ても、当事者自身、相手方当事者、裁判官という三つの役割パースペクティブが存在している。手続上のやり取りにおいて、当事者は、自らの役割パースペクティブと相手方当事者の役割パースペクティブ、さらに裁判官の役割パースペクティブを往復的に考慮しながら行動しなければならない。その際、当事者たちは、この三つの役割パースペクティブに照らして、目下の紛争状況をどのように定義すればよいのか考えなければならない。すなわち、この紛争はなにがきっかけだったのか、だがそれをここまでこじれさせたのか、自分は紛争をこじらせるにあたってどのような役割を果たしたのか、そうした問いについて複数のパースペクティブを参照しつつ自分で答えを出すことが必要となる。そのようななかで、当事者は当該紛争についての自分なりの「状況定義」を見いだすであろうし、当該紛争を「対象化」できるようになるだろう。また、裁判官の役割パースペクティブに照らして、「裁判手続に可能なこと」と「可能でないこと」を区別できるようになるかもしれない。

い。当該手続をステップとして今後なにをするかについても考えるようになるだろう。その結果として、彼(女)は、終局判決に対して「期待過剰」にも「期待過小」にも陥らずにすむようになる。このようにして、彼(女)は終局判決の受容についてある程度前向きになれる。^{* 90 * 91}

第四節 小括

本章では、裁判手続の機能が、時間を利用して決定パラドックスを当面無害化するとともに、そのあいだに紛争ポテンシャルを対処可能なものに転じ、当事者に判決を受け入れさせることにあることを明らかにしてきた。そうした問題設定を機軸として、判決に対する道徳的批判はどのようにして回避可能になるのか、当事者はどのようにして判決へ向けて拘束されていくのか、手続上の形勢と実体法規の適用とはどのようにして適合理化されるのか、当事者はどのようにして手続の結果(終局判決)を前向きに受け入れることができるようになるのかといった個別テーマについて概観してきた。

以上に関して、のちの議論との関係で一点だけ取り上げておくことにしよう。それは「手続は実体法規の適用にどこまで適合理化されなければならないのか」という問いである。ルーマン自身は、当事者の勝敗は「実体法規の枠」にきっちり収まるべきだと考えているようである(Vgl. z. B. LV, S. 115ff. 邦訳一九頁以下)。当事者の期待は実体法規の適用の要請に劣後する。そうであってはじめて、法のコードとプログラムを全体社会レベルでシンボリックに貫徹するという裁判への役割期待が全うされうというのが理由である。しかし、訴訟の実際をみると、実体法規の適用というのは見かけだけで、当事者は「実体法規の枠」のなかに厳格に追い込まれているとは言えな

い場合の方が多い。また、「訴訟上の和解」のような仕方では、当時者のイニシアティブで訴訟が終了される場合がむしろ多いことを考えあわせると、実体法規の適用と手続の結びつきはかなり緩やかであつてよいように思われる。重要なテーマなので、これについては、「結びにかえて」のところでもう一度立ち戻つて検討することにした。

註

* 1 たとえば、兼子一『民事訴訟法体系』酒井書店（一九五四年）二五頁以下。兼子一／竹下守夫『裁判法』（第四版）有斐閣（一九九九年）一頁以下。

* 2 事象次元と社会次元の区別はしばしばあいまいにされるが、両者は異なる次元である。事象次元は、言つてみれば、ひとりの観察者の視点からみた対象の分節化に関わる次元である。ここでは、たとえば、「これはコップである」（これはコップではない）といった指示が行われる。これに対して、社会次元では、それぞれ視点を異にする複数の「観察者」（それぞれの自我）同士が互いにどのようなに関わりを持つかが問題になる（Vgl. SS, S. 119. 邦訳一二三頁以下）。つまり、後者は「パースペクティブの差異」を問題にしているものであり、「観察対象の差異」を問題にする前者とは明らかに異なっている。

* 3 「否定」が実在するものに「規定性」をもたらすという理解については、ヘーゲル以来の伝統の影響をも窺うことができる。Vgl. G. W. F. Hegel, Die Wissenschaft der Logik : mit den mündlichen Zusätzen Georg Wilhelm Friedrich Hegel Werke in Zwanzig Bänden, Bd. 8. *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse* (1830), Erster Teil, Frankfurt a. M. (Suhrkamp) 1970, S. 196f. 宮本信一／宮本十蔵訳『ヘーゲル全集・小論理学』岩波書店（一九九六年）二五三頁以下。

* 4 この点について検討している『社会の法』の該当箇所について、ルーマン自身の表現をそのまま訳出すればつぎの通りである。「決定それ自体は、決定に対して提示される選択肢のひとつではない。決定によって開かれる道筋のひとつでもない。そうではなく、選択肢の選択性によって排除されるところの第三項である。言い換えれば、決定は選択肢の選択性が構成するところの差異である。詳しく言えば、その差異の統一性 Einheit である。だからそれはパラドックスなのである」（Vgl. RG, S. 308）。ここで書かれていることの意味は一読しただけではわかりにくい。もっとも、引用文の前段の意味を慎重に押さえたうえで後段を解釈すれば、「選択肢

の選択性が構成するところの差異」とは、「選択肢の選択性」(選ぶことができる)と「その否定」(選ぶことができない)との差異であると言うほかならう。だとすれば決定とは、「選ぶことができる」の否定であり、「選ぶことができない／選ぶことができない」という差異の統一性であるということになる。この「否定関係」に自己言及が含まれていることは明らかであることから、決定はひとつの自己言及パラドックスだということになる。

* 5 Vgl. N. Luhmann, *Organisation und Entscheidung*, Opladen/ Wiesbaden 2000, S. 132f.

* 6 このような言い方をすると、「紛争の実体いかにかわらず、法的根拠が一貫しているという外観さえ取り繕っていればよい」という裁判所の「開き直り」を肯定することになってしまうとの反論を呼びそうである。たしかに、そういう問題がないとは言えない。しかし反対に、こうも言える。裁判所が社会の変化と個別具体の紛争への対応を重視するあまり、法的根拠(判例)の一貫性を「示すことについて責任を放棄するようになれば、法に対する社会一般の人々の「期待」が不用意に損なわれることになるのではないか。むしろ、重要なことは「一貫性」の要請と「変異」の要請のバランスを図ることではないのか。一般に、最高裁判所は法解釈の統一に責任を負うとされるが、この「責任」はそうした意味でも肯定されよう。この点に関して、中野次雄編『判例とその読み方』有斐閣(一九八六年)一九頁以下を参照。もともと、法解釈の統一への縛りが過大になれば、裁判官の職権の独立性との関係で問題が生じる。法解釈の統一にともなうこうした問題について、佐藤岩夫「司法の〈統一性〉と〈非統一性〉(Uneinheitlichkeit)」『日独裁判所の司法観の比較と司法改革の課題——『法社会学第五三号：司法改革の視点』(二〇〇〇年)一四七頁以下。

* 7 法的根拠の「一貫性」は、相互に矛盾しないという意味での「整合性」以上のものではない。あらゆる事案は個別的なのだから、全く同一の事案というものもありえなければ、それに対する全く同一の基準適用ということもありえない。実態は、「概ね同様の事案」について、「概ね同様の基準」が適用されるにすぎない。「概ね同様の事案」「概ね同様の基準」とは、一般の人々がその「同様性」について疑義を提起しない程度に、相互に整合的であれば足りる。したがって、その範囲は相当にあいまいである。「整合性」と「一貫性」のより正確な意義について、亀本洋「法的議論における実践理性の役割と限界(二)」「判例タイムズ」第五五二号(一九八五年)六六頁以下。また、法創造の場面でもなお「整合性コントロール[Stimmigkeitskontrolle]を無視することができない」という点について、vgl. z. B. Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in Rechtsfindung*, Frankfurt a. M. 1970, S. 16.

* 8 先例拘束原則は、英米のコモン・ローのもとでは言うまでもなく基本原則であるが、日本を含む大陸法諸国では、当然には肯定されない。「判例が法をつくる」ということが、議会の専権たる立法権を侵すのではないかと危惧されるからである。しかし、前章でも見たとおり、「法創出連関の多様化」は否定しようのない趨勢であり、もはや議会のみが法規を定立するとも、またそうすべきだ

とも解することはできない。今日では、社会一般の人々の「法的安定性への期待」に応え、また当事者の「平等取り扱い」を考慮するといった理由から、大陸法諸国でも程度の差はあれ先例拘束原則は肯定されている。以上について、たとえば田中成明「法理学講義」有斐閣（一九九四年）六一頁以下。なお、現行民事訴訟法第三一八条第一項は、最高裁判例等の「判例」違背を上告受理の申立理由とすることを認めている。だが、これによつて日本でも明文で先例拘束原則が認められたと解することは早計である。一般に、これは最高裁判所が法令解釈の統一について責任を負うことを承けた規定と解されている。そうだとすれば、同条項が先例拘束原則を認めたかどうかは無関係である。以上について、たとえば伊藤眞「民事訴訟法」有斐閣（一九九八年）六三四頁、新堂幸司「新民訴訟法」弘文堂（一九九八年）七七七頁。

*9 ルーマンの時間の捉え方、すなわち、それぞれの現在を中心とした、それぞれの現在にとつての過去／未来という捉え方は、フッサール現象学の時間論の影響を受けている。フッサールは、一九〇五年の段階ですでに、それぞれの「今」を中心とした「過去把持」の連続的な変遷として「過去」を抱えていた。Vgl. E. Husserl, Die Vorlesungen über das innere Zeitbewußtsein aus dem Jahre 1905, in: *Zur Phänomenologie des inneren Zeitbewußtseins* (1893-1917), hrsg. von R. Boehm, Husserliana Bd. X, Haag 1966, S. 29f. 立松弘孝訳『内的時間意識の現象学』みすず書房（一九六七年）四一頁以下。また、アルフレッド・シュッツは、フッサールのこの時間論に早い段階で（一九三二年）着目し、「意識の」それぞれ自身の持続における有意的な体験構成」を論じている。ルーマンに対するシュッツの影響も否定できない。ただし、ルーマンの時間論は、心理システムよりも、社会システムに重心をおいている。Siehe dazu Alfred Schütz, *Der sinnhafte Aufbau der sozialen Welt. Eine Einleitung in die verstehende Soziologie*, 2. Aufl., Frankfurt a. M. (Suhrkamp) 1981 (erste Aufl., 1932), S. 62ff. 佐藤嘉一訳『社会的世界の意味構成—ヴェーバー社会学の現象学的分析—』木鐸社（一九八八年）六一頁以下。

*10 現在に現に存在している瞬間であり、そこにはあらゆる現存するものが含まれている。あらゆることは同時に存在していて、時点を異にしないかぎりコントロールできない。このことをルーマンは「同時性[Gleichzeitigkeit]」と呼んでいる。Vgl. N. Luhmann, *Gleichzeitigkeit und Synchronisation*, in: *Soziologische Aufklärung 5. Konstruktivistische Perspektiven*, 2. Aufl., Opladen 1993, S. 95-130 (insbes. S. 98ff.).

*11 法的決定の不確実性は、「法規の不確実性」からもたらされるばかりではない。言うまでもなく「事実構成の不確実性」もまたその原因である。両者が合わさることで、決定の不確実性は著しく高められる。「事実構成の不確実性」があるかぎり、「法的決定の確実性」は「神話」以上のものになりえない。このことは「アメリカ・リアリズム法学」の流れのなかでは、比較的以前から議論さ

れた。Cf. Jerome Frank, *Law and the Modern Mind. With an Introduction by Judge Julian W. Mack*, New York 1930, pp. 3-13. 棚瀬孝雄／棚瀬一代訳「法と現代精神」弘文堂(一九七四年)三七—四九頁。

- *12 事実関係に関して時的観察のズレがあったとしても、上告審では原判決において適法に確定された事実が拘束力をもつとされることから、上告審ではもはやそうしたズレを是正できないのではないかという問題を生じる(民事訴訟法第三二一条第一項)。しかし、そのような場合にも、事実関係に関する時的観察のズレが「自由心証主義」の限界を超えるような経験則違背にあたると見られれば、「法令の解釈に関する重要な事項」として上告受理申立理由(同法第三二一条第一項)となりうる(高等裁判所に対する上告については上告理由となりうる[同法第三二一条第三項])。なお、社会学的に見た場合、上告審も原審認定事実の評価の重心を移すといった操作の余地がないわけではないが、裁判所がこれを正面から認めることはできない。

- *13 本稿「システムの法理論の現代的射程(二)」六頁以下。

- *14 たとえば、平成二年三月八日の東京地裁判決は、被害段階で未就労の年少女子(被害当時小学六年生)の逸失利益算定について、「未就労年少者には多様な就労可能性があり、逸失利益に男女差を設けるのは適当でない」と明言している(同旨平成二二年七月四日奈良地裁葛城支部判決)。これなどは、法的判断にあたって政策動向を考慮する典型例と言えよう。

- *15 Vgl. dazu N. Luhmann, *Kommunikation über Recht in Interaktionsystemen*, in: *AR, S. 53-72* (insbes. S. 55ff.).

- *16 ここでの例は、津地裁「隣人訴訟」の事例をアレンジした。「隣人訴訟」については、小島武司／アティアス／山口龍之『隣人訴訟の研究』日本評論社(一九八九年)、星野英一編『隣人訴訟と法の役割』有斐閣(一九八四年)などを参照。

- *17 本文中で述べている「社会的実体としての紛争」は conflict の概念を明らかにするものである。これに対して「主張の対立」は dispute に対応している。この点については、川島武宜「争いと裁判」『川島武宜著作集・第三巻』岩波書店(一九八二年)一九四頁以下。

- *18 「争点整理」が和解成立につながるが多いことが指摘されるが、事実が明らかとなり、当事者が当該事案について「見取り図」を描けるようになれば、自主的に紛争を終結させようとするインセンティブがはたらくのは理解できる。もっとも、こうした紛争の終結は訴訟手続に期待される本筋のあり方ではないとして、否定的に扱われることが多い。筆者は、裁判の機能に対する一般の人々の期待を裏切らないかぎり、むしろこうした紛争終結の方が好ましいと考える。この点につき、萩原金美「和解兼弁論で危惧されるもの」『交渉と法』研究会編『裁判内交渉の論理—和解兼弁論を考える—』社団法人商事法務研究会(一九九三年)八五頁以下。

- *19 「法的事案」と「社会的実体としての紛争」の乖離は、「法的言説」と「日常的言説」の乖離として捉えることもできる。この点、和田仁孝「法廷における法言説と日常的言説の交錯—医療過誤をめぐる言説の構造とアレゴリー—」棚瀬孝雄編『法の言説分析』ミ

ネルヴァ書房(二〇〇一年)四三―七二頁(とくに六八頁以下)は、二つの言説の架橋を目指すべきだとしている。二つの言説の区別を維持しつつ、法的言説に日常的言説がもたらす「アレゴリー喚起力」をもっと評価すべきだという見解である。基本的な方向については賛成であるが、当事者が満足するに十分なほど日常的言説と法的言説とが自然に融合しあうということは望めないだろう。両者が乖離していること自体に一定の社会的機能が備わっているからである。

*20 実のところ、「法的解決」というものとはもともとそのようなもので、裁判が「社会的実体としての紛争」を解決するとは考えられていないという反論が当然返ってくる。しかし、当事者的な視点からすれば、ややきつい言い方になるが、この見解は「不誠実」に見えるのではないか。紛争の渦中にある当事者が裁判に対して端的に期待していることは、「当該紛争を解決すること」である。当事者は、紛争がこじれて自分ではどうすることもできなくなっているからこそ、公権的解決を求めてやってくるのである。「紛争解決なき終局判決」など期待されてはいない。こじれにこじれた紛争の渦中にある当事者が、「権利義務の帰属が明らかではないから明確にしてほしい」と、公の法廷に冷静に議論を提起してくるなどと考えるとすれば、それはどこか狂っている。参考として、藤田宙靖「現代裁判本質論雑考―所謂「紛争の公権的解決」なる視点を中心として―」『社会科学の方法』第三四号(一九七二年)一七頁。

*21 一般の人々は、自らの権利を実現しようとして、つまり紛争を志向して法と関わるというより、できるかぎり争いを避け平穏に社会生活を送るために、つまり「紛争回避」のために法と関わるのではないか。藤田宙靖教授は日本の法文化を「紛争回避文化」というように規定されるが、同様の傾向は、程度の違いはあるにしろ、どこの法文化においても見られる。藤田宙靖「行政指導の法的位置付けに関する一試論」『行政法学の現状分析―高柳信一先生古稀記念論集―』勁草書房(一九九一年)一八四頁以下を参照。

*22 本稿「システムの法理論の現代的射程(二)」二五頁以下。

*23 既に古典ではあるが、中村治朗「裁判の客観性をめぐって」有斐閣(一九七〇年)七九頁以下は、法的論証を「論理的説得」として捉える裁判官自身による興味深い検討である。

*24 法的論証は「法的三段論法」という基本構造をとるものとされる。裁判官には、一方で適用規範(大前提)を確定し、他方で事実関係(小前提)を確定し、両者を「掛け合わせる」ことで演繹的に結論を導き出すことが期待される。便宜上本章では「適用規範の導出」という前者の過程に重心を置くが、「事実関係の確定」を軽視しているわけではな³。Vgl. zum juristischen Syllogismus: Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6., neubearb. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1991 (1. Aufl., 1960), S. 27ff. 米山隆弘『法学方法論』青山社(一九九八年)四二頁以下。

* 25 ルーマンは、早い段階からヨーゼフ・エッサーの法理論を強く意識しており (Vgl. z. B. *Dog*, S. 8, 邦訳Ⅷ頁)、『法準則と法原理の理解についてもエッサーの影響が窺える。Siehe dazu Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts: rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre*, 4., unveränderte Aufl., Tübingen 1990 (erste Aufl. 1956) S. 49ff, 73ff, etc.

* 26 法原理には「信義誠実の原則」(民法第一条第二項)のように明文で定められているものもあるが、明文の定めのない「不文の法原理」が圧倒的に多い。不文の法原理はテキストの背後にひかえていると解され、「立法者意思」や「客観的法目的」の探求によって見いだされるものとされる。

* 27 ロナルド・ドゥオーキンは、当該事案について法準則(ルール)の適用によって何らかの判決を下すことができない場合にも、法原理にまで遡って判決を下すことができるし、そうすることが裁判官の使命であるとする(「正解テーゼ」)。これは「法原理の基底性」を念頭に置く考えである。Cf. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Massachusetts) 1977, p. 81. 木下毅／小林公／野坂泰司訳『権利論』木鐸社(一九八六年)九七—九八頁。もともと、彼の場合、様々の問題について裁判官や法律家が同一の解答を与えることを保証するものではないとしているが、はたしてそれで人々の抱く「なにゆえにそうなのか」という疑義を排することが可能なか疑問である。この点について長谷部恭男『権力への懐疑』日本評論社(一九九一年)二二二頁以下を参照。

* 28 もちろん、解釈を経ることなく法準則が文理からただちに明らかなる場合もある。たとえば期間の定め(民法第一三八条以下)などはそうである。そのような場合には、さしあたり当該法準則と法原理がどのような関係になるか問われることはない。しかし、それはただ「問われない」というだけのことである。明らかにそうした法準則が法原理に反するような場合であれば、文理に反した「反制定法的解釈」がなされることもありうる。しかし、それはきわめて例外的である。

* 29 法解釈方法論については、広中俊雄『民法解釈方法に関する十二講』有斐閣(一九九七年)を参照。

* 30 「法的安定性」は、「形式的正義」および「実質的正義」と並ぶ、法理念 *Rechtsidee* (法的正義) の基本内容のひとつであると考えられる。Siehe dazu Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 3. Aufl. 1932, in: *Gustav Radbruch Gesamtausgabe: Bd. 2. Rechtsphilosophie II*, (hrsg. v. Arthur Kaufmann), Heidelberg 1993, S. 302ff. 田中耕太郎訳『法哲学』東京大学出版会(一九六一年)二〇七頁以下。

* 31 ルーマンは「テキスト／コンテキスト」ないし「テキスト／解釈」という区別を實體視しているわけではない (Vgl. *RG*, S. 255f, 362f.)。そうした実体視は「ステアティックな相互規定関係」を帰結することになる。彼は、もともと解釈にすぎなかったものが記

録されテキストへと組み入れられることも、また同様のやり方でテキストの削除が行われることも、いずれも念頭に置いている。テキストは解釈にさらされることで意味を膨らませ、また変容していく。「テキスト／コンテキスト」の区別は本来、法を進化させる条件以上のものではない。

* 32 法律家の判断力の多くの部分は明示化されない経験知（暗黙知）によって支えられている。法律学が「科学」というよりも「術」に近いものだと言われるゆえんである。Cf. Michael Polanyi, *The tacit dimension*, Gloucester, Mass. 1966, pp. 2ff. 佐藤敬三訳『暗黙知の次元：言語から非言語へ』紀伊國屋書店（一九八〇年）一三頁以下。

* 33 日本の現行法曹養成制度のもとでは、司法試験合格者に対して司法研修所で「要件事実論」を中心とする法曹教育が行われる。現行制度上は、まさに「要件事実論」こそが法教養学の中核をなしていると言ってよからう。ところで、一九九九年以来の司法制度改革論議の一環として法曹養成制度にもメスが入られようとしている。その際、司法試験受験の前提として「法科大学院」における幅広い法的素養の涵養が義務づけられることになりそうである。そうであっても司法試験合格後に司法研修所に入所することに違いはなく、そこでは「要件事実論」教育が集中的に行われるであろうから、「要件事実論」の中核的位置に変化はないだろう。なお、法科大学院での「要件事実論」の基礎理論教育の意義について、伊藤滋夫「要件事実の基礎——裁判官による法的判断の構造——」有斐閣（二〇〇〇年）二七七頁以下。

* 34 これは伝統的な「概念法学」の理解である。「概念法学」は一九世紀後半のドイツで一世を風靡した。とりわけ「概念ベラミット」と揶揄された形式論理的概念体系は後々まで批判の対象にされ続けてきた。Vgl. z. B. Rudolf von Jhering, *Schertz und Ernst in der Jurisprudenz. Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum*, Darmstadt 1975 (erste Aufl., 1884), S. 337ff. Siehe dazu auch Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, a. a. O., S. 19ff. 前出米山隆訳「法学方法論」二四頁以下。

* 35 一九七〇年代以降、法的論証のあり方そのものが変わってきているとされる。たとえばウルフリット・ノイマンは「法獲得についての認識批判論の観点からすれば」（正しい法認識への筋道と理解される）法学方法論と法的論証とが原理的に異なっているという点は譲りえない。法的論証の理論に関わるのは法発見の過程ではなく—それがどのように「発見される」ということは無関係に—判決がどのように正当化されるのかという問題である。つまりそれは、裁判官が決定をどのように下すかということではなく、決定をどのように表示するかという点に関わっているのである。」と述べ、法的論証の理論が、法発見の方法としてはもはや維持できず、もっぱら発見され法（つまり判決）の正当化のためのものと考えられるべきだとする。Vgl. z. B. Ulfried Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt 1986, S. 4f. 亀本洋／山本顯治／服部高宏／平井亮輔訳『法的議論の理論』法律文化社（一九九

七年)四頁。ルーマンもまた、法的論証について、従来の法学方法論の採用する「法発見モデル」ではなく、むしろ七〇年代以降主流となつてゐる「正当化モデル」にしたがつて理解してゐる。だからこそ「根拠の無限遡行を切断する」ということが問題になるのである。以上について、山口聡「法学方法論の自己理解とその法理論的変容——「法化」論前史としての戦後ドイツ法学方法論争史の側面——」『國學院法学』第三四卷四号(一九九七年)二一頁以下を参照。Siehe dazu Josef Esser, *Juristisches Argumentieren im Wandel des Rechtsfindungskonzepts unseres Jahrhunderts*, Heidelberg 1979.

*36 日本でも、こうした法的論証プロセスについては、比較的早くから自覺的に理解されてゐた。たとえば、星野英一「民法解釈論序説」同『民法論集・第一卷』有斐閣(一九七〇年)九頁以下(初出「法哲学年報・一九六七・法の解釈と運用」有斐閣「一九六八年」)を参照。

*37 「帰納法的論理」における法規の理論構成の役割については、加藤一郎「法解釈学における論理と利益衡量」同『民法における論理と利益衡量』有斐閣(一九七四年)三二頁(初出「岩波講座・現代法15」岩波書店「一九六六年」)。

*38 雇用契約における「安全配慮義務」についての解説は、内田貴「民法III」東京大学出版会(一九九六年)一二二頁以下、幾代通／広中俊雄編「新版・注釈民法(16)債権(7)」有斐閣(一九八九年)五三頁以下。

*39 条件プログラムと目的プログラムについて、本稿「システムの法理論の現代的射程(二)」一八頁以下を参照。

*40 「訴訟の政策形成機能」については、たとえば田中成明「現代社会と裁判—民事訴訟の位置と役割—」弘文堂(一九九六年)一九〇頁以下を参照。

*41 「目的実現に向けての社会的圧力」は、しばしば司法審査をめぐつて問題となる。この点、日本の裁判所は「司法消極主義」(正確に言うとは「違憲判断消極主義」)に傾斜してゐると批判される。なるほど、「判決の目的プログラム化」のリスクをできるだけ避けるために、司法判断に消極的になる事情は推測できる。しかし、司法判断にあまりに消極的である場合にも、人々からの政治的批判は生じてこよう。なにもしなければ「政治責任の大波」に曝されないですむともまた言えないのである。司法判断における「政策的配慮」については、戸松秀典「憲法訴訟」有斐閣(二〇〇〇年)四二二頁以下を参照。

*42 裁判の政策形成機能に疑問を呈する見解として、井上治典「紛争過程における裁判の役割」同『手続保障論』有斐閣(一九九三年)二〇七頁以下(初出「講座民事訴訟法・第六卷」弘文堂「一九八四年」)。

*43 「利益法学」は、イエーリングの「目的法学」の影響のもとに、ヘックによつて方法論的に確立された。利益法学については、たとえば小林直樹「利益法学」尾高朝雄／峯村光郎／加藤新平編『法哲学講座・第四卷』有斐閣(一九五七年)二五九頁以下を参照。

なお、利益法学は法的概念を軽視するものと誤解されがちであるが、彼らが排斥しようとしてきたのは生活から切り離された空疎な概念論理だけであり、そのかぎりでは伝統的な法教義学と共存可能であった。Siehe dazu Philipp Heck, *Begriffsbildung und Interessensjurisprudenz*, Tübingen, 1932, S. 16ff.

* 44 この例は、大阪国際空港公害訴訟判決(最大判昭和五十六年十二月一六日民集第三五卷第一〇号一三六九頁以下)を参考にした。利益衡量による判断形成のやり方については、前出加藤一郎「法解釈学における論理と利益衡量」二三頁以下。

* 45 要件事実論は、實際上民事訴訟における法的判断の基本構造を形成している。前出伊藤滋夫「要件事実論の基礎」九頁以下。

* 46 裁判官は、要件事実について自由な心証形成に基づいて判断してよい(自由心証主義)。もつとも、自由に心証形成してよいと言っても、論理則や経験則、常識等に照らして一定の制約があるのは当然である。同様に、証明が果たされたという裁判官の「確信」も、単なる主観的確信であってはならず、常識等に合致した「合理的確信」でなければならない。ただし、そうした「確信」を客観化することには事実上の限界がある。こうした点について、たとえば小林秀之「新証拠法」弘文堂(一九九八年)三六頁以下。

* 47 裁判官の事実認定の興味深い理論モデルとして、太田勝造「裁判における証明論の基礎」弘文堂(一九八二年)六五頁以下。

* 48 周囲の人々が訴訟当事者や裁判所に対して直接の影響をもたらした例として、ここでもまた津地裁「隣人訴訟」――「熊大法学」第 八六号・八七号(一九九六年)を参照。

* 49 日本では、裁判官が特定の政党に所属したり地域社会と密接な結びつきをもつことは、裁判の「中立性の外観」を損ねるという理由で極端に忌み嫌われる。それが実際に手続過程に影響を生ずるのはいかなるものかと思われるが、裁判官が市民としての立場をいつさい持つてはならないとするのも行き過ぎであろう。これに対して、ドイツの裁判官は市民としての立場をもつことが当然だとされているようである。この点について、たとえば木佐茂男「人間の尊厳と司法権――西ドイツ司法改革に学ぶ――」日本評論社(一九九〇年)二三九頁以下。

* 50 裁判官による釈明権(民事訴訟法第一四九条第一項)の積極的な行使が「行き過ぎ」にいたる場合には、裁判官の忌避事由になりうる。この点について、たとえば前出伊藤眞「民事訴訟法」二六一頁以下。

* 51 当事者の矛盾挙動は、「口頭弁論の全趣旨」として斟酌され、裁判官の心証形成の要素となる(民事訴訟法第二四七条)。

* 52 本文中の例は、単なる矛盾挙動についての例ではなく、「裁判上の明白」の例である。前者の被告陳述は「金銭授受」および「返還約束」があることを前提にしているので、それについては「裁判上の明白」が成立している(民事訴訟法第一七九条。後者の陳述

述は「返還約束」についての自白を撤回するものであり、相手方の同意がある場合や、当該自白が錯誤に基づく場合、もしくは当該自白が相手方や第三者による刑事上罰すべき行為に基づく場合などの例外を除いて許されない。

* 53 民事訴訟法第一五六条、第一五七条第一項参照。

* 54 当事者間で十分に主張・立証が尽くされているときには、その判決は当事者の自己責任と見なされうる。このような場合には「既判力」も当事者の自己責任ということになる。判決を正当化するのが当事者の自己責任であるという見解について、高橋宏志「重点講義民事訴訟法〔新版〕有斐閣(二〇〇〇年)四九四頁以下」。

* 55 自己表出の整合性要求は、本来的には、当事者だけではなく裁判官をはじめとする職業上の関与者たちにも及ぶ。しかし、職業的関与者たちは整合性要求の負担から免れるために多くの制度によって守られている。たとえば、裁判官は「職務権限」に基づいて適宜態度を変更することができる。そうした態度変更は「矛盾挙動」とは見なされない。これに対して、手続当事者たちには、原則として負担免除のためのすべはない。当事者のみ判決にむけて拘束されていくのである(Vgl. LV, S. 36f. 邦訳一〇〇頁以下)。

* 56 Siehe dazu Leo Rosenberg, *Die Beweislast auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung*, 5. Aufl., München 1965, S. 11ff. 倉田卓次訳「ローゼンベルク・証明責任論」判例タイムズ社(一九七二年)一九頁以下。

* 57 こうした結果を避けるため、当事者のイニシアティブによる訴訟の終了が好まれる。比較的に裁判官が好むのは「訴訟上の和解」である。裁判官にとっても判決は「労多くして実りが少ない」もので、なるべく当事者が和解等の方法で自主的に訴訟を終わらせてくれた方が都合がよい。さらに、和解は柔軟な処理に適しているほか、合意による自主的な紛争処理なので、実効性を確保するのが容易であるという事情もある。従来、「和解判事になるなかれ」と言われ、「訴訟上の和解」は軽視されていたが、最近では「和解判事」も十分に市民権を得ている。もともと、裁判官が自らの業務実績となる事件処理数を水増しするために、じっくりと審理もせずにさまざまな和解勧告を行い、当事者が納得できない解決を押しつけるという場合も見られないではない。以上について、たとえば草野芳郎『和解技術論』信山社(一九九五年)五頁以下、および萩原金美「いわゆる『弁論兼和解』に関する一管見」同『民事司法・訴訟の現在課題』判例タイムズ社(二〇〇〇年)三頁以下(初出「判例タイムズ」第七三四号「一九九〇年」)。

* 58 刑事事件の場合には、必ずしもそうではない。そこでは、「道徳的にも悪いことをやったからこそ敗訴したのだ」という一般人の意識が相対的に強いと思われる。しかし、中世ヨーロッパの裁判ならいざ知らず、今日ではこうした意識は極力排除されるべきものである。もっとも中世ヨーロッパには「敗訴の結果」と「道徳的な悪」を結びつける「合理的理由」が存在したものと思われる。こうした点について、たとえば山内進「同意は法律に、和解は判決に勝る——中世ヨーロッパにおける紛争と訴訟——歴史学研究会編『紛

争と社会の文化史』青木書店（二〇〇〇年）三頁以下。

*59 馬場靖雄「正当性問題再考—アイロニーを越えて—」土方透編『ルーマン／来るべき知』勁草書房（一九九〇年）一八五頁以下を参照。

60 ルーマンはG・H・ミードの「役割引受roll-taking」理論を援用して、訴訟当事者が法の期待する役割行動を引き受けるなかで、まさにその役割とおりの人格を自己同一性として学習し、役割と自己を一致させると説明している（Vgl. LV, S. 83ff. 邦訳九〇頁以下）。これは「実体法規の適用」という形で当事者が事態を学習することの説明としては、よくできている。しかし、この説明は手続の実際における当事者の学習プロセスを捉えきっていない。ミード自身は、「人間の社会的なあり方一般」を引き受けるという、より広い意味で「役割引受」理論を構想している。筆者には、それをそのまま手続理論に持ち込んだ方が生産的だと思う。 See G. H. Mead: *Mind, Self, and Society: from the Standpoint of Social Behaviorist*, 1st ed., Chicago 1934 (Paperback ed. 1967), pp. 253ff., 354-378. 河村望訳『デュニー—ミード著作集6：精神・自我・社会』人間の科学社（一九九五年）三〇九頁以下。

*61 佐上善和「裁判の正当性についての一試論—ルーマンの『手続による正当性』をめぐる—」『立命館法学』第一八三・一八四号（一九八六年）四一六頁以下は、ルーマンの裁判手続論をもっぱら「不満を特定化」し「反抗（プロテスト）を分散・吸収する」という側面からのみ捉え、彼の裁判手続論を世界の複雑な有りようを決断によって切り詰めてしまうカール・シュミット張りの「決断主義」であると断ずる（同論文四二二頁以下）。確かに、ルーマンの見解に偏りが無いとは言えないが、しかし佐上論文は、裁判手続が全人格にまで及びかねない道德的非難から当事者が距離をとることを可能にしているという指摘の意義を看過している。本文中の立場によるかぎり、判決は単なる切り詰めではなく、ルーマンがそのような「決断主義」に陥っているとまでは言えない。なお、民事訴訟法学者が「手続を通しての正統化」を批判的に扱っているそのほかの論考として、山本克己「民事訴訟におけるいわゆる“Rechtsgespräch”について（二）」『法学論叢』第一一九巻第三号（一九八六年）がある。

（続く）